

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**

**FACULTAD DE DERECHO**

**Departamento de Derecho Administrativo**



**TESIS DOCTORAL**

**Fundamentos de la colaboración público privada para  
dotación de infraestructuras y su aplicación en el derecho  
español : estudio de la vigente regulación contractual**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR  
PRESENTADA POR

**Adolfo Fuertes Fernández**

DIRECTOR:

**Juan de la, dir Cruz Ferrer**

**Madrid, 2015**



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE



533117526X

TE  
2.119

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

TESIS DOCTORAL

**FUNDAMENTOS DE LA COLABORACIÓN  
PÚBLICO-PRIVADA PARA DOTACIÓN DE  
INFRAESTRUCTURAS Y SU APLICACIÓN EN EL  
DERECHO ESPAÑOL: ESTUDIO DE LA VIGENTE  
REGULACIÓN CONTRACTUAL**

Adolfo Fuertes Fernández



Madrid

2010

**TE 2119**

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

FUNDAMENTOS DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-  
PRIVADA PARA DOTACIÓN DE  
INFRAESTRUCTURAS Y SU APLICACIÓN EN EL  
DERECHO ESPAÑOL: ESTUDIO DE LA VIGENTE  
REGULACIÓN CONTRACTUAL

TESIS DOCTORAL ELABORADA POR ADOLFO FUERTES FERNÁNDEZ  
PARA LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE DOCTOR BAJO LA DIRECCIÓN DEL  
DR. JUAN DE LA CRUZ FERRER, PROFESOR TITULAR DE DERECHO  
ADMINISTRATIVO DE LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

Madrid

2010

## AGRADECIMIENTOS

En estos años dedicados al trabajo de investigación que se recoge en la presente tesis doctoral han sido muchas las personas que me han prestado su ayuda o han participado, de un modo u otro, en su forma o contenido. Y si lo que en ella se dice es exclusivamente responsabilidad mía el resultado final, en aquello que tuviere algún valor, debe ser compartido. A todas ellas quisiera expresarles mi más sincero agradecimiento por hacer posible que esta tesis finalmente pueda ver la luz.

En primer lugar, a mi director Juan de la Cruz a quien, por su confianza en mis posibilidades, debo en gran medida que este trabajo sea hoy una realidad. Su experiencia y conocimiento de la materia así como sus valiosos consejos y aportaciones han resultado fundamentales para su elaboración y, sobre todo, gracias a su presencia cercana y afectuosa, su dedicación, robada de sus múltiples obligaciones profesionales y familiares, y su constante ánimo he sido capaz de mantener la ilusión en el trabajo y el convencimiento de que el esfuerzo valía la pena. Por todo ello mi más profunda gratitud.

Al profesor Francisco Javier Sanz Larruga de la Universidad de la Coruña que, con su interés y apoyo en los siempre difíciles comienzos, me ayudó a dar los primeros pasos en la buena dirección y, de forma especial, a mi hermano Gerardo por su inestimable ayuda en las labores de redacción y revisión del texto y su constante guía a lo largo de todos estos años.

Gracias también al profesor Michael Regan de la Universidad de Melbourne por sus útiles referencias y comentarios, a Justo Huerta Barajas por sus imprescindibles aportaciones en el ámbito de la Defensa, al Grupo de Investigación sobre Sectores Económicos Regulados del Centro Europeo de Regulación Económica (CERECOM) por sus interesantes contribuciones en materia de regulación económica y y a todos aquellos que con sus ideas o sugerencias han contribuido a enriquecer este trabajo. Quisiera hacer igualmente extensivo este agradecimiento a Enrique Ossorio, Nieves Rodríguez y Danielle Boardman, por las facilidades prestadas para la estancia de investigación en Melbourne, a Enrique Núñez por su diligente colaboración en la recopilación bibliográfica y sus eficientes gestiones, a mis compañeros de doctorado en la Universidad Complutense, especialmente a Ignacio, Carlos y Lola, con quien he compartido amistad y esfuerzos y a Gema Rivas por su constante aliento y desinteresada ayuda en la presentación del texto.

Y como esta tesis no es sino el resultado de un largo camino de preparación y aprendizaje quiero, finalmente, dar las gracias a mis padres por sus esfuerzos y sacrificios a lo largo de tantos años y por transmitirme los valores del estudio y el trabajo que me han sido tan necesarios. A todos muchas gracias.



## ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN.....	1
PRIMERA PARTE.- LA CUESTIÓN CONCEPTUAL: DEFINIENDO LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA.....	13
CAPÍTULO PRIMERO.- EL CONCEPTO DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA. ....	13
CAPÍTULO SEGUNDO.- LOS ANTECEDENTES DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA: UNA PERSPECTIVA HISTÓRICA.....	61
CAPÍTULO TERCERO.- RASGOS CARACTERIZADORES DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA.....	109
SEGUNDA PARTE.- FUNDAMENTOS ECONÓMICOS DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA.....	153
CAPÍTULO CUARTO.- EL CONTEXTO GENERAL DE REGULACIÓN DE LAS INFRAESTRUCTURAS.....	153
CAPÍTULO QUINTO.- LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA COMO ESTRATEGIA DE REGULACIÓN.....	209
TERCERA PARTE.- LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN EL DERECHO EUROPEO Y ESPAÑOL: UNA VALORACIÓN CRÍTICA A LA LUZ DE SUS FUNDAMENTOS .....	253
CAPÍTULO SEXTO - EL MARCO EUROPEO DE REGULACIÓN.....	253
CAPÍTULO SÉPTIMO.- LA REGULACIÓN DE LAS INFRAESTRUCTURAS PÚBLICAS EN ESPAÑA. ....	295
CAPÍTULO OCTAVO.- VALORACIÓN DE LA PRÁCTICA CONCESIONAL ESPAÑOLA RECIENTE COMO MODELO DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA .....	341
CAPÍTULO NOVENO.- LA ACTUAL REGULACIÓN DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN ESPAÑA: INSUFICIENCIAS Y CLAVES PARA SU MEJORA. ....	391
CONCLUSIONES .....	459
BIBLIOGRAFÍA.....	469

# ÍNDICE DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN.....	1
PRIMERA PARTE.- LA CUESTIÓN CONCEPTUAL: DEFINIENDO LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA.....	13
CAPÍTULO PRIMERO.- EL CONCEPTO DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA. ....	13
I.    EL CONCEPTO ORIGINAL: LOS PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS (PPP).....	13
1. PERSPECTIVA GENERAL.....	13
A. Un término con múltiples significados. ....	14
B. Alcance del concepto en el ámbito de prestación de las infraestructuras públicas.....	19
2. LOS <i>PPP</i> EN SENTIDO PROPIO: LA CONCESIÓN Y SUS DIFERENCIAS CON LA CONTRATACIÓN TRADICIONAL.....	29
3. EL CONCEPTO ACTUAL DE PPP EN LA DOCTRINA ANGLOSAJONA: SU SEPARACIÓN DEL CONCEPTO ORIGINAL DE CONCESIÓN.....	34
A. La flexibilización de la fórmula concesional. ....	35
B. La introducción de la perspectiva colaborativa.....	39
II.   LOS FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LA COLABORACIÓN. ....	44
1. LA TEORÍA DE LA COLABORACIÓN.....	44
2. EL PROCESO DE LA COLABORACIÓN.....	49
A. Los objetivos. ....	50
B. Los beneficios de la colaboración. ....	52
C. Obstáculos para la colaboración.....	54
D. El componente subjetivo de la colaboración.....	55
E. La estructura de la colaboración. ....	57
CAPÍTULO SEGUNDO.- LOS ANTECEDENTES DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA: UNA PERSPECTIVA HISTÓRICA.....	61
I.    LOS ORÍGENES.....	61
1. LOS ESQUEMAS CONCESIONALES HASTA EL SIGLO XIX. ....	61
2. LA INICIATIVA PRIVADA EN LOS ESTADOS UNIDOS: LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES .....	64
A. Carreteras y vías públicas. ....	67
B. Urbanizaciones. ....	69

C. Transporte público.....	71
D. Agua, energía y comunicaciones. ....	72
II. EL DEBILITAMIENTO DEL PROCESO PRIVATIZADOR. ....	76
1. EL CONTEXTO SOCIOECONÓMICO EN ESTADOS UNIDOS TRAS LA GRAN DEPRESIÓN Y EL PERIODO DE POSGUERRA.....	76
2. LOS PROCESOS DE NACIONALIZACIÓN EN EUROPA.....	79
III. EL RESURGIMIENTO DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO- PRIVADA: REEDITANDO UN VIEJO MODELO BAJO UN NUEVO PRISMA. ....	83
1. LA REINTRODUCCIÓN DE LA INICIATIVA PRIVADA EN EL SECTOR PÚBLICO ESTADOUNIDENSE.....	84
2. EL MODELO BRITÁNICO: LA PRIVATE FINANCE INITIATIVE. ....	87
IV. EL PROCESO DE EXPANSIÓN DE LOS MODELOS COLABORATIVOS. ....	98
CAPÍTULO TERCERO.- RASGOS CARACTERIZADORES DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA.....	109
I. LOS ELEMENTOS ESENCIALES DE LOS PPP: EL CARÁCTER RELACIONAL DEL CONTRATO Y LA TEORÍA DEL RIESGO.....	109
1. EL CARÁCTER RELACIONAL DEL CONTRATO.....	109
2. LA TEORÍA DEL RIESGO. ....	118
II. HACIA UNA NUEVA CONCEPCIÓN DEL ESTADO: LA PERSPECTIVA DE LA GOBERNANZA.....	127
1. PPP Y GOBERNANZA: UN ENFOQUE GENERAL. ....	127
2. LA DIMENSIÓN PARTICIPATIVA DE LOS PPP: LA COLABORACIÓN COMO GESTIÓN DE INTERDEPENDENCIA ENTRE SUJETOS PÚBLICOS Y PRIVADOS.....	129
3. LA BUENA GOBERNANZA COMO FILOSOFÍA DE GESTIÓN PÚBLICA: APLICACIÓN A LOS PPP. ....	135
A. Los principios de buena gobernanza. ....	135
B. El nuevo contexto de reforma del sector público: <i>the</i> <i>New Public Management (NPM)</i> .....	138
4. POTENCIALIDADES Y RIESGOS DE LA APLICACIÓN DE LA GOBERNANZA A LOS PPP.....	147

SEGUNDA PARTE.- FUNDAMENTOS ECONÓMICOS DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA.....	153
CAPÍTULO CUARTO.- EL CONTEXTO GENERAL DE REGULACIÓN DE LAS INFRAESTRUCTURAS.....	153
I. LA NECESIDAD DE REGULAR LA PROVISIÓN DE LAS INFRAESTRUCTURAS.....	153
II. CAPITAL PÚBLICO, CRECIMIENTO ECONÓMICO Y COHESIÓN SOCIAL.....	157
III. INSUFICIENCIA DE LAS INSTITUCIONES DEL MERCADO PARA FACILITAR LA PROVISIÓN DE INFRAESTRUCTURAS.....	163
1. DEL ESTADO LIBERAL AL ESTADO SOCIAL.....	164
2. LA IMPORTANCIA DE LOS VALORES PARA LA REGULACIÓN.....	170
3. LA TEORÍA DE LOS FALLOS DEL MERCADO.....	171
4. ANÁLISIS DE LAS INSUFICIENCIAS DEL MERCADO FRENTE A LAS INFRAESTRUCTURAS.....	173
A. La problemática de los bienes públicos.....	173
B. Las condiciones de monopolio natural.....	185
IV. ESTRATEGIAS DE REGULACIÓN: PROVISIÓN PÚBLICA VERSUS PRIVADA.....	190
1. PLANTEAMIENTO GENERAL.....	190
2. ESQUEMAS DE REGULACIÓN DE LAS INFRAESTRUCTURAS: SOLUCIONES AL MONOPOLIO.....	193
A. Iniciativa pública.....	193
B. Regulación discrecional.....	195
C. Regulación contractual.....	201
CAPÍTULO QUINTO.- LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA COMO ESTRATEGIA DE REGULACIÓN.....	209
I. LA ELECCIÓN DE LA REGULACIÓN CONTRACTUAL COMO MEDIO DE INTRODUCCIÓN DE LA INICIATIVA PRIVADA Y LA COMPETENCIA.....	209
1. EL INTERÉS PÚBLICO, EL INTERÉS PRIVADO Y LOS FALLOS DEL GOBIERNO.....	209
2. CRÍTICAS A LA TEORÍA DE LA COMPETENCIA IMPERFECTA.....	211
II. EL PROCESO DE INTRODUCCIÓN DE LA INICIATIVA PRIVADA EN LA REGULACIÓN DE LAS INFRAESTRUCTURAS: LA TEORÍA DE LA PRIVATIZACIÓN.....	213

1. LAS BASES INTELECTUALES DE LA PRIVATIZACIÓN. ....	213
2. EL CONCEPTO DE PRIVATIZACIÓN Y SUS INFLUENCIAS. ....	217
A. Perspectiva económica. ....	217
B. Perspectiva filosófica e ideológica. ....	220
3. LA COLABORACIÓN EN EL MARCO DE LA PRIVATIZACIÓN: SU DISTINCIÓN RESPECTO DE LA PRIVATIZACIÓN PROPIA O MATERIAL. ....	223
III. IDONEIDAD ECONÓMICA DE LOS ESQUEMAS DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA. ....	229
1. CONTRATO DE CONCESIÓN Y ESTRUCTURA DEL MERCADO. ....	229
2. LA TEORÍA DE LOS CONTRATOS INCOMPLETOS Y LOS COSTES DE TRANSACCIÓN. ....	235
3. EL ENFOQUE DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD. ....	242
4. INTEGRACIÓN Y SEPARACIÓN DE FUNCIONES: BUNDLING Y UNBUNDLING. ....	245
5. EL PROBLEMA DE LA INFORMACIÓN ASIMÉTRICA. ....	250
TERCERA PARTE.- LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN EL DERECHO EUROPEO Y ESPAÑOL: UNA VALORACIÓN CRÍTICA A LA LUZ DE SUS FUNDAMENTOS. ....	253
CAPITULO SEXTO - EL MARCO EUROPEO DE REGULACIÓN. ....	253
I. EL CONCEPTO DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN EL DERECHO COMUNITARIO. ....	253
1. PLANTEAMIENTO GENERAL. ....	253
2. EL LIBRO VERDE SOBRE COLABORACIÓN PÚBLICO- PRIVADA Y NORMATIVA COMUNITARIA SOBRE CONTRATOS PÚBLICOS Y CONCESIONES. ....	257
3. TIPOLOGÍA DE LAS FORMAS DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA. ....	267
A. La colaboración público privada contractual. ....	268
B. La colaboración público-privada institucional. ....	271
II. COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA Y ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA. ....	275
1. MARCO NORMATIVO, CONCEPTO Y ALCANCE. ....	275
2. INVERSIÓN PÚBLICA, RÉGIMEN CONTABLE, DÉFICIT y DEUDA PÚBLICA. ....	283
CAPÍTULO SÉPTIMO.- LA REGULACIÓN DE LAS INFRAESTRUCTURAS PÚBLICAS EN ESPAÑA. ....	295

I.	CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL MARCO REGULATORIO ESPAÑOL: TÉCNICAS REALES y TÉCNICAS FICTICIAS. ....	295
II.	APROXIMACIÓN AL PANORAMA REGULATORIO ESPAÑOL EN LOS PRINCIPALES SECTORES INFRAESTRUCTURALES. ....	306
1.	TRANSPORTES TERRESTRES. ....	308
A.	La fórmula concesional en el transporte terrestre. ....	310
B.	La utilización de sociedades instrumentales. ....	316
2.	EL TRANSPORTE ÁEREO Y MARÍTIMO. ....	320
A.	Las infraestructuras portuarias. ....	321
B.	El dominio público aeroportuario. ....	324
3.	LAS INFRAESTRUCTURAS HIDRÁULICAS. ....	325
4.	LAS INFRAESTRUCTURAS SANITARIAS. ....	330
CAPÍTULO OCTAVO.- VALORACIÓN DE LA PRÁCTICA CONCESIONAL ESPAÑOLA RECIENTE COMO MODELO DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA .....		341
I.	CONSIDERACIONES GENERALES .....	341
II.	LA INADECUACIÓN DE SU FINALIDAD: LA CONSECUCCIÓN DEL OBJETIVO DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA. ....	343
III.	LA ERRÓNEA IDENTIFICACIÓN DE LA FINANCIACIÓN PRIVADA CON LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA. ....	351
1.	LA FINANCIACIÓN PRIVADA COMO PARTE DE UN TODO. ....	353
2.	LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA COMO MODELO DE REGULACIÓN: MÁS ALLÁ DE LA SIMPLE FINANCIACIÓN PRIVADA DE INFRAESTRUCTURAS. ....	358
IV.	LAS LIMITACIONES E INSUFICIENCIAS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA. ....	367
1.	LA NUEVA LEGISLACIÓN SOBRE LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA. ....	367
2.	LA INTERPRETACIÓN DEL CONCEPTO DE EXPLOTACIÓN. ....	371
3.	CARENCIAS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA COMO ESQUEMA DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA. ....	380
A.	La ausencia de libertad del sujeto privado en el diseño y ejecución de la obra. ....	382
B.	El inadecuado reparto de los riesgos. ....	386

CAPÍTULO NOVENO.- LA ACTUAL REGULACIÓN DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN ESPAÑA: INSUFICIENCIAS Y CLAVES PARA SU MEJORA.....	391
I. EL CONTRATO DE COLABORACIÓN ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL SECTOR PRIVADO: EXPECTATIVAS E INCERTIDUMBRES.....	391
1. CONFIGURACIÓN GENERAL DEL CONTRATO.....	391
2. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO.....	403
A. La evaluación previa de la necesidad de la colaboración.....	405
B. Valoración y acreditación de la mayor rentabilidad de la inversión y de la estructura de costes.....	407
C. El órgano experto.....	411
D. La identificación y asignación de los riesgos.....	412
E. La selección del socio privado: el procedimiento del diálogo competitivo.....	413
II. LOS DESAFÍOS PARA LA REGULACIÓN DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN ESPAÑA.....	420
1. LA NECESIDAD DE UN MARCO REGULATORIO ADECUADO.....	421
2. LA ESPECIALIZACIÓN DE LAS AUTORIDADES PÚBLICAS.....	424
3. LA PERSPECTIVA DE LA GOBERNANZA: LA REFLEXIÓN SOBRE EL NUEVO SIGNIFICADO DEL ESTADO Y DE SUS RELACIONES CON LA SOCIEDAD.....	431
A. El papel del sector público.....	432
B. La participación de la sociedad.....	441
4. LA EXPLICACIÓN A LA OPINIÓN PÚBLICA.....	452
CONCLUSIONES.....	459
BIBLIOGRAFÍA.....	469

## ÍNDICE DE CUADROS

CUADRO 1: COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN SENTIDO AMPLIO (O SEGÚN EL CRITERIO DE LA PRODUCCIÓN Y PROVISIÓN DEL BIEN).....	28
CUADRO 2: FORMAS TRADICIONALES DE CONTRATACIÓN.....	30
CUADRO 3: LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN SENTIDO PROPIO (SEGÚN EL CRITERIO DE LA NATURALEZA DE LA RELACIÓN).....	34
CUADRO 4: FORMAS DE PARTICIPACIÓN PRIVADA .....	36
CUADRO 5: PRINCIPALES PROYECTOS POR VALOR DE INVERSIÓN 1987-2008 .....	98
CUADRO 6: PRINCIPALES PROYECTOS POR VALOR DE LA INVERSIÓN .....	103
CUADRO 7: VALOR AÑADIDO DE LAS INFRAESTRUCTURAS POR GRUPOS DE PAÍSES (EN PORCENTAJE SOBRE GNP).....	159
CUADRO 8: ESTUDIOS SOBRE PRODUCTIVIDAD DE LAS INFRAESTRUCTURAS .....	162
CUADRO 9: PROPIEDADES DE LOS BIENES PRIVADOS Y PÚBLICOS.....	180





## ÍNDICE DE FIGURAS

FIGURA 1: INVERSIÓN EN PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURAS CON PARTICIPACIÓN PRIVADA EN PAÍSES EN VÍAS DE DESARROLLO 1990-2007 .....	106
FIGURA 2: INVERSIÓN EN PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURAS CON PARTICIPACIÓN PRIVADA EN PAÍSES EN VÍAS DE DESARROLLO POR SECTORES 1990-2007.....	107
FIGURA 3: INVERSIÓN EN PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURAS CON PARTICIPACIÓN PRIVADA EN PAÍSES EN VÍAS DE DESARROLLO POR TIPOS 1990-2007 .....	108
FIGURA 4: TIPOS DE BIENES Y SERVICIOS EN FUNCIÓN DE SUS CUALIDADES DE EXCLUSIÓN Y RIVALIDAD .....	183
FIGURA 5: ESTRATEGIAS DE REGULACIÓN DEL MONOPOLIO EN INFRAESTRUCTURAS .....	193
FIGURA 6: ELECCIÓN DE LA REGULACIÓN ÓPTIMA PARA LA PROVISIÓN DE INFRAESTRUCTURAS.....	242



## ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS

BOT .....	Build, Operate and Transfer
CPP .....	Colaboración Público-Privada
CPPI .....	Colaboración Público-Privada Institucional
CCSPSP .....	Contrato de Colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado
DBFO.....	Design, Build, Finance and Operate
EUROSTAT ....	Statistical Office of the European Communities
GNPs .....	Government Non Profit Partnerships
GNP .....	Gross National Product
LCSP .....	Ley de Contratos del Sector Público
LGEP .....	Ley General de Estabilidad Presupuestaria
NAO.....	National Audit Office
NCPPP.....	National Council of Public-Private Partnerships
NPM.....	New Public Management
OCDE .....	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OECD .....	Organization of Economic and Co-operation Development
ONU .....	Organización de las Naciones Unidas
PCAP .....	Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares
PEIT .....	Plan Estratégico de Infraestructuras de Transporte
PFI .....	Private Finance Initiative
PIB.....	Producto Interior Bruto
PPP.....	Public-Private Partnerships
PUK .....	Partnerships United Kingdom
PSC .....	Public Sector Comparator
SEC'95.....	Sistema Europeo de Cuentas de 1995
TJCE.....	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
UNECE .....	United Nations Economic Comission for Europe
UNDP .....	United Nations Development Program
USGPO.....	United States Government Printing Office
VFM .....	Value for Money
VCOs .....	Voluntary and Community Organizations



*"No existe una mejor prueba del progreso de una civilización que la del  
progreso de la cooperación"*

*John Stuart Mill.*



# INTRODUCCIÓN

## Planteamiento general

La construcción de grandes infraestructuras se concibió como una de las funciones o potestades públicas teniendo en cuenta su importancia desde el punto de vista estratégico, económico y de cohesión y vertebración territoriales y el beneficio que su provisión supone para toda la colectividad. Por esta y otras razones que más adelante veremos han contado tradicionalmente con la participación activa de los poderes públicos para su provisión y desarrollo, si bien, la colaboración del sector privado en su prestación ha sido y es una fórmula ampliamente utilizada.

La colaboración del sector privado en la gestión y financiación de infraestructuras no solamente se ha revelado como una alternativa cada vez más consolidada para la consecución de los objetivos públicos mediante la aportación de capital y el aprovechamiento de las capacidades del mercado en la gestión eficiente de los servicios, habiéndose extendido de manera imparable en la mayoría de los países y ampliado a sectores reservados tradicionalmente a la provisión directa por el Estado, sino que ha contribuido a la revitalización de la escena pública y el debate doctrinal que sobre ella tiene lugar.

En España venimos experimentando en estos últimos años un desarrollo generalizado de fórmulas con participación privada en el diseño, construcción, financiación y operación de infraestructuras, principalmente en los sectores de transporte y sanitario, tanto a nivel estatal como, muy especialmente, en los ámbitos autonómico y local, que incorporan técnicas novedosas en nuestra tradición administrativa y que han sido denominadas como “colaboración público-privada” o “asociaciones público-privadas” a semejanza de la práctica de los países anglosajones en que dichas fórmulas tienen su origen. Este nuevo concepto ha sido incluso incorporado a nuestra legislación de contratación pública a través de la vigente Ley 30/2007, de 30



de octubre, de Contratos del Sector Público, en la que se regula un nuevo contrato típico, el de colaboración entre el sector público y privado, que atiende precisamente a la necesidad de regular específicamente este tipo de relaciones de colaboración.

Sin embargo, la popularización de estas denominaciones e incluso su previsión legal no han ido acompañadas, a nuestro juicio, de un adecuado conocimiento de estas fórmulas tal y como se conciben originalmente y ello ha provocado que su naturaleza esté aún sumida en cierta oscuridad conceptual que induce a confusión con otras realidades ya conocidas en nuestra práctica administrativa y, en último término, a un planteamiento equivocado de sus objetivos. Así, en no pocas ocasiones, se utilizan indistintamente términos como “colaboración público-privada”, “PPP”, “PFI”, “financiación privada”, “concesiones”, “fórmulas de financiación extrapresupuestaria” o “privatización” sin que exista una clara delimitación conceptual entre ellos lo que ha llevado a serios problemas de aplicabilidad así como de percepción por la opinión pública de su verdadero sentido.

Mi interés por esta materia nació en 2004 durante mi trabajo en la ya extinta Dirección General de Análisis Económico y Financiación de Inversiones del Sector Público, dependiente de la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid, donde tuve la oportunidad de conocer de primera mano las fórmulas concesionales para la ejecución de infraestructuras sanitarias, carreteras y líneas ferroviarias y, en especial, el desarrollo por primera vez en España del modelo *Design Build Finance and Operate (DBFO)* británico para infraestructuras sanitarias en el hospital Majadahonda-Puerta de Hierro.

Lo novedoso de algunos de sus planteamientos y el desconocimiento general que envolvía a esta práctica administrativa me llevó a profundizar en el estudio de sus fundamentos originales y de la experiencia de los países anglosajones en cuyo seno podríamos situar su nacimiento. Así, el bagaje doctrinal que sirve de base a las dos primeras partes de la tesis es el

resultado del trabajo de investigación que desarrollé durante los años 2005 y 2006 en el *Australian Centre of Public Infrastructure* perteneciente a la Universidad de Melbourne y cuya esencia está publicada en forma de artículo en la Revista del Derecho de las Telecomunicaciones, Transportes e Infraestructuras (REDETI), Año X-Num. 29, Mayo-Agosto 2007.

El reto de aplicar estos fundamentos teóricos primigenios a la actual regulación española en la materia, dotándola así de un enfoque analítico diferente del que ha planteado la mayor parte de la doctrina especializada en nuestro país, sirvió de punto de partida en el planteamiento de la presente tesis.

### **Objetivo del trabajo**

El objetivo del presente trabajo, por tanto, es llevar a cabo un estudio de la colaboración pública privada para la construcción y explotación de infraestructuras públicas que ofrezca una explicación clarificadora de esta figura compleja y novedosa en nuestro país, y cuya naturaleza y finalidad permanecen aún sumidas en cierta oscuridad y confusión. Con el objeto de contribuir a una mejor comprensión de la colaboración público-privada se pretende profundizar en los orígenes de esta fórmula a través de su evolución histórica, las bases teóricas que sirvieron de contexto para su consolidación, sus elementos nucleares y el concepto original y, a partir de ahí, ofrecer un diagnóstico acerca de la fidelidad conceptual que la reciente experiencia española en la provisión de infraestructuras públicas, y su regulación en la normativa contractual, guardan con la figura originaria de la colaboración público-privada en la que se inspiran, así como proponer las vías de desarrollo de esta práctica novedosa así como un enfoque adecuado para conducir su regulación de forma fidedigna.

Para ello nos centraremos específicamente en la construcción, financiación y explotación de infraestructuras públicas y el marco contractual que regula su provisión dejando a un lado, en primer término, la participación

privada en la gestión de servicios públicos, que cuenta en nuestro país con una consolidada tradición y, en segundo lugar, los convenios de colaboración con particulares sobre actividades de interés general que no están comprendidas en el ámbito de aplicación de la regulación contractual.

Estos últimos exceden del alcance de este trabajo por cuanto su objeto no se refiere a la prestación de bienes o servicios públicos, como son las infraestructuras, pero no por ello deben marginarse en el estudio general de la colaboración público-privada ya que su naturaleza responde esencialmente a la filosofía misma de la colaboración y, en tal sentido, deben servir como referencia cercana para inspirar la acomodación de la regulación contractual sobre bienes y servicios, de carácter eminentemente transaccional, a los parámetros propios de una relación de corte colaborativo.

Por otro lado, nuestro estudio incidirá principalmente en aquellos sectores aún monopolísticos en los que la práctica administrativa ha impulsado nuevos esquemas de provisión de infraestructuras bajo parámetros de participación privada en la financiación y la explotación como son los transportes, tanto por carretera como ferroviario, el desarrollo urbano o la sanidad. Los ejemplos analizados en tales ámbitos de actuación sirven en todo caso como referencia útil para la comprobación de su identidad con las formas originarias de colaboración, sin perjuicio de que tal análisis pueda ser trasladable igualmente a otros proyectos en los que la regulación contractual es asimismo aplicable como ocurre en el caso de las infraestructuras portuarias y aeroportuarias o las de suministro de agua, saneamiento o tratamiento de residuos, a las que hacemos referencia de forma más somera, así como otros equipamientos como los sociales -educativos o los de atención a mayores- o los militares.

Caso distinto es el de las infraestructuras en los sectores de la energía y las telecomunicaciones que quedan fuera de las estrategias de solución al monopolio al encontrarse inmersos en escenarios de libre competencia regulada, excepción hecha de las infraestructuras hidráulicas de generación

eléctrica que puede ser objeto de gestión pública indirecta, por lo que su tratamiento queda fuera del ámbito de este trabajo.

No se encuentra entre nuestros objetivos, tampoco, abordar un proceso analítico del contenido de cada uno de los esquemas que en la práctica española se desarrollan, profundizando en los diferentes aspectos-jurídico, financiero, contable- que conforman su puesta en práctica, ni tampoco abordar un estudio sistemático sobre el alcance de su expansión en España a través del registro de los diferentes proyectos por tipologías y áreas geográficas. A este respecto, el análisis se enfocará únicamente en aquellos aspectos cuya aportación sea relevante en el plano conceptual, si bien, en todo caso aquella información es fácilmente accesible a través de los diferentes estudios a los que haremos mención.

Menos aún nos interesa ofrecer una evaluación empírica de dichas fórmulas en términos comparativos respecto a la provisión pública directa y ello por dos razones fundamentales: en primer lugar, gran parte de los proyectos que la doctrina mayoritaria considera representativos de la colaboración público-privada por su similitud con las fórmulas ya ampliamente desarrolladas en Reino Unido, carecen todavía de la madurez suficiente como para poder evaluar su valor añadido en términos de coste y eficiencia respecto de la provisión pública y, en segundo término, la elección de una u otra forma de provisión responde, además de a razones económicas a motivos ideológicos, políticos o filosóficos y cualquier análisis que no tenga en cuenta aquella perspectiva para sus conclusiones resultaría, a nuestro juicio, incompleto.

Por ello, el resultado de nuestro trabajo no pretende ofrecer una toma de postura acerca de la conveniencia de implementar una u otra estrategia regulatoria, provisión pública o colaboración público-privada, sino, más bien, las claves de concepto para que ésta última sea entendida de acuerdo a aquellos fundamentos que le dan sentido y, asimismo, para que la regulación existente en nuestro país pueda desarrollarse eficazmente.

## **El estado de la cuestión**

En referencia al estado actual de la cuestión debemos decir que la doctrina española ha abordado ya de forma extensa el análisis de estos nuevos esquemas de provisión de infraestructuras desarrollados por las distintas administraciones públicas en estos últimos años.

Destacan en este sentido excelentes trabajos descriptivos de las distintas fórmulas y su problemática jurídica, contable o financiera en el contexto de la práctica y el marco normativo administrativos. Desde las primeras aproximaciones a los esquemas auspiciados bajo el tipo contractual de la concesión de obra pública representadas, entre otros muchos, por Juan Lozano y Rodríguez Márquez (2006); Villar Rojas (2006); González García (2006), Acerete Gil (2006); Míguez Macho (2008) o, en una línea más crítica, por Ruíz Ojeda (2002), hasta la incipiente doctrina sobre la actual regulación contenida en el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (González García, 2006; Chinchilla Marín, 2006; García Capdepón, 2005; Jiménez Díaz, 2008), las distintas aportaciones revelan gran rigor científico en el tratamiento de la cuestión mas un enfoque, a nuestro entender, limitado.

La tendencia mayoritaria ha asumido su consideración como meros instrumentos de financiación privada de infraestructuras bajo la premisa incuestionada de que dichas fórmulas representan fielmente la colaboración público-privada como novedosa forma de acción pública presente en los países anglosajones o, en último término, del concepto comunitario que sobre tal práctica se recoge básicamente en el Libro Verde de la Comisión Europea sobre Colaboración Público-Privada. Una simplificación conceptual que identifica financiación privada con colaboración o, cuanto menos, reduce la colaboración público-privada a la colaboración en la financiación, y que ha tenido también amplia acogida en buena parte de las autoridades públicas y el mercado.

Sin embargo, esta asunción conceptual requiere un análisis en profundidad sobre cuáles son los verdaderos fundamentos de la colaboración y en qué medida están presentes en el escenario regulatorio español, y es precisamente la ausencia de esa reflexión preliminar lo que se pone de manifiesto en las recientes aproximaciones a la materia, si bien ya se adivinan algunos estudios que apuntan hacia este enfoque necesario (Allard y Trabant, 2008).

El presente trabajo pretende abordar esta perspectiva de análisis, dotando así al estudio de la colaboración en el Derecho español de un enfoque diferente del que ha adoptado la mayor parte de la doctrina especializada en nuestro país. Desde este punto de vista su posible valor científico reside precisamente en ocupar lo que, en nuestra opinión, es un vacío doctrinal en el tratamiento de la colaboración público-privada en España y abrir así nuevas líneas de reflexión en su futuro desarrollo regulatorio.

### **Estructura del trabajo y metodología.**

A los efectos anteriormente descritos el presente trabajo está dividido en tres partes diferenciadas: la aproximación conceptual a la colaboración público-privada y sus elementos y principios esenciales, la exploración de sus fundamentos económicos, y, finalmente, el análisis de la regulación contractual en Derecho español a la luz de tales principios.

La primera parte del trabajo se refiere al concepto de colaboración privada como fórmula específica de provisión de infraestructuras y en ella se explica en qué consiste esta figura y se revisan las consideraciones históricas e ideológicas que han perfilado las diferentes formas existentes en la actualidad. Una vez delimitado el concepto, se abordan las distintas aportaciones doctrinales que han definido la figura y sus elementos caracterizadores así como los valores esenciales que inspiran la genuina concepción de los *partnerships* y su delimitación respecto a otras figuras similares. Desde la perspectiva existente en los países de mayor tradición en

la práctica colaborativa, esencialmente los países anglosajones, se ha utilizado toda la literatura, tanto teórica como referida a la praxis de de implementación de los proyectos, para dibujar un escenario fiel de la concepción originaria de esta figura regulatoria. Esenciales han sido las aportaciones de organismos internacionales, autoridades regulatorias públicas, instituciones científicas y otros estamentos especializados en la materia para complementar la aportación de la doctrina científica como objeto de estudio.

Respecto de la exploración de la literatura científica indispensable para la comprensión del concepto de los *public-private partnerships (PPP)* y su naturaleza primigenia como fórmula de provisión de bienes y servicios públicos, hemos seguido la línea apuntada por Osborne (2000) sobre las perspectivas básicas que deben configurar tal estudio: el análisis teórico de la idea de colaboración y su aplicación organizacional e institucional (Huxham y Vangen, 1996), su vertiente pública como fórmula de provisión y gestión desde la óptica anglosajona, en particular los aspectos económicos y contractuales relativos al carácter incompleto de las relaciones de colaboración (Williamson, 1971, 1979; Osborne, 1997), la perspectiva de la gobernanza pública de las relaciones de colaboración como nuevo paradigma de interacción en las nuevas sociedades en red (Kooiman, 1993; Kickert, 1997) y, finalmente, la exploración de la colaboración público-privada en el contexto de las comunidades locales y el desarrollo urbano.

La segunda parte aborda los fundamentos económicos de la colaboración. Partiendo del contexto general de la regulación pública de las infraestructuras y las razones económicas e históricas que la sustentan, se han examinado las corrientes teóricas que han explicado las distintas estrategias de regulación y, en particular, la regulación contractual como marco conceptual básico en el que se sitúa la colaboración público-privada. Para ello, hemos recurrido, como referencias doctrinales básicas, a la obra de Gómez-ibáñez (2003) y su esquema teórico sobre el fundamento de la regulación de las infraestructuras y las distintas estrategias para su desarrollo,

así como a los trabajos de Savas (2000) sobre las bases intelectuales y alcance de la privatización en su concepción más amplia y las teorías de Hart (2003), Grossman y Hart (1986) y Hart y Moore (1990) que nos han guiado en el estudio de la idoneidad económica de los esquemas de colaboración público-privada.

A este respecto es necesario establecer unas cautelas previas acerca del contenido y la metodología que tal estudio conlleva en orden a su mejor comprensión. La materia objeto de estudio entra de lleno en el ámbito del Derecho público de la economía, más concretamente del Derecho administrativo económico, como disciplina centrada en las intervenciones y regulaciones del poder público en la economía y ello porque la colaboración público-privada se concibe esencialmente como una de las posibles estrategias o formas de regulación económica de las infraestructuras y servicios públicos.

Tratándose, por tanto, de una decisión pública para la más eficiente asignación de los recursos, en este caso la dotación de infraestructuras públicas, la perspectiva económica se hace imprescindible para enriquecer la aproximación jurídica a tal figura. Se trata de aplicar el análisis económico al Derecho aprovechando las posibilidades que ofrece la economía como criterio útil de evaluación de las normas e instituciones jurídicas para entender su influencia en la realidad social en tanto éstas son instrumentos para alcanzar metas sociales (Cooter y Ulman, 1997).

Pues bien, desde este punto de vista la aproximación a la colaboración público-privada requiere la profundización en sus fundamentos económicos y el sustrato doctrinal que los fue fraguando y, para ello, se hace necesario el manejo de conceptos esenciales del pensamiento económico como fuente imprescindible para alcanzar tal objetivo. Nuestro trabajo, como no podía ser de otra manera, incorpora dicha perspectiva económica al analizar las bases económicas que sustentan la figura de la colaboración público-privada y la familiarización con los conceptos que tal perspectiva aporta resulta a todas



luz imprescindible para una correcta comprensión de la verdadera dimensión que tal figura representa.

Siendo cierto, por tanto, que el estudio de la economía debe estar presente en el trabajo de los juristas, no lo es menos que la materia económica resulta ciertamente extraña y esquiva a los estudiosos del Derecho que precisan penetrar en sus secretos. Esta es la razón por la que incluimos estas consideraciones a modo de prevención o cautela; pretendemos evitar que aquellos juristas que aborden nuestro trabajo esperando una aproximación exclusivamente jurídica puedan verse desorientados en su estudio al adentrarse en nuestra fundamentación teórica de la colaboración público-privada y encontrar repentinamente conceptos, teorías y posicionamientos doctrinales de carácter económico con los que no se encuentren familiarizados.

La dificultad que entraña el estudio de esta dimensión económica no nos es ajena y, conscientes de ello, hemos planteado una aproximación elemental a estas cuestiones que permita adquirir una visión periférica de la fundamentación económica en que descansa la colaboración público-privada. Ello es así porque nuestro objetivo no es tanto profundizar en complejas teorías económicas como proponer un recorrido sistemático por todas ellas de una forma simplificada que permita una más fácil comprensión para los no expertos en materia económica.

La tercera y última parte se centra definitivamente en el núcleo de la tesis que pretendemos defender, cual es la demostración de la ausencia en España de una verdadera colaboración público-privada fiel a los principios originales que la inspiraron y la inadecuación de la vigente regulación contractual para su efectivo desarrollo. Tras una exploración general del marco regulatorio de las infraestructuras en el Derecho europeo y español, abordaremos una valoración crítica de los esquemas para construcción y explotación de infraestructuras al amparo del contrato de concesión desarrollados en España

poniendo de manifiesto las carencias para acoger una verdadera propuesta de colaboración público-privada en su sentido más genuino.

Por último se abordará la problemática asociada a la aplicación del nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado como referencia para el futuro desarrollo de la colaboración. A la luz de los fundamentos esenciales de la colaboración en su concepto originario se exploran las expectativas e incertidumbres que tal fórmula contractual despierta para concluir con una reflexión final sobre los aspectos que, a nuestro entender, deben ser mejorados o tenidos en cuenta en dicha regulación para consolidar en el futuro el efectivo desarrollo de la colaboración.



## PRIMERA PARTE.- LA CUESTIÓN CONCEPTUAL: DEFINIENDO LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

### CAPÍTULO PRIMERO.- EL CONCEPTO DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA.

#### I. EL CONCEPTO ORIGINAL: LOS PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS (PPP)

##### 1. PERSPECTIVA GENERAL.

Los *public-private partnerships* (en adelante *PPP*), término anglosajón traducido en España como *colaboración público-privada* o *asociaciones público-privadas*, surgieron en su concepción actual en Estados Unidos a finales de los años 70 y principios de los 80 como respuesta a lo que se consideró una deficiente actuación del sector público y a la convicción de que el Estado había alcanzado su límite financiero respecto de la prestación de servicios públicos (Carrol y Steanne, 2000; Linder y Rosenau-Villancourt, 2000), e introducidos como una alternativa más pública y aceptable a la provisión privada<sup>1</sup> y a partir de ahí como un primer paso hacia acuerdos plenos de privatización (Mohr, 2004: 235).

En este sentido, los *PPP* han sido considerados como la última forma institucional de colaboración entre los sectores público y privado (Savas, 2000: 3), y su aceptación generalizada en los últimos años apunta a su consolidación como fórmula de contratación pública, por lo que puede afirmarse que los *PPP* anuncian una nueva era en la colaboración entre los sectores público y privado en los diferentes niveles de gestión pública (Mohr, 2004: 235).

---

<sup>1</sup> Es relevante destacar que en el Reino Unido los esquemas de *Public-Private Partnerships* (*PPP*) se denominaron como “tercera vía”, en alusión a su situación intermedia entre la provisión pública tradicional y las posiciones de privatización plena.

#### A. Un término con múltiples significados.

El término *PPP* se refiere a colaboración o cooperación –acción de trabajar o actuar de forma conjunta- y en el ámbito de las políticas públicas puede entenderse de manera genérica como cooperación entre personas u organizaciones de los sectores público o privado en beneficio mutuo. Sin embargo, es todavía, en palabras de Linder (1999), un “concepto controvertido” (*contested concept*) que encierra múltiples significados en él y susceptible de múltiples interpretaciones (Malhotra, 1997).

La doctrina ha puesto de manifiesto las dificultades y contradicciones que entraña este término (Hately, 1997), su facilidad para ser tergiversado y sobreexplotado (Malhotra, 1997) y la erosión de su significado original a causa de la multitud de términos similares que se utilizan para describir relaciones similares (Fowler, 1997: 107).

Siguiendo a Linder (1999) pueden reconocerse hasta seis contenidos distintos del término, que permiten su concepción como reforma de la gestión, solución de problemáticas, regeneración moral, traslación de riesgos, reestructuración de los servicios públicos y reparto de poder. En este mismo sentido, McQuaid (2000: 11) señala los distintos aspectos que se consignan en la definición de *PPP*: en primer lugar, las sinergias derivadas de cualquier acción conjunta por la que “el todo es mayor que las partes”; en segundo término, el desarrollo y prestación de una estrategia, proyecto u operación y, finalmente, un componente social -*social partnership*- que excluye la pura finalidad transaccional ya que el Estado no persigue objetivos comerciales.

Debe señalarse asimismo que, a efectos de delimitación conceptual, el alcance terminológico de “sector público” y “sector privado” es ciertamente amplio y se utiliza por la doctrina en toda su extensión, sin limitación alguna en cuanto a criterios de índole política, jurídica o económica. Así, se acude indistintamente a los términos “sector público”, “Estado” o “Gobierno”, así como sus derivaciones, para designar a aquellas instituciones que ejercen

una autoridad legítima sobre la población en una determinada área geográfica. Por su parte, el término “sector privado” se refiere a todas las instituciones u organizaciones distintas de las pertenecientes al sector público incluyendo principalmente el mercado y las organizaciones sin ánimo de lucro (Carroll y Steane, 2000: 37).

En el concepto de mercado o empresa se comprenden todas las organizaciones cuyo objetivo último es la obtención de beneficios para sus propietarios, con independencia de que su titularidad sea pública, privada o una combinación de ambas, y por organizaciones sin ánimo de lucro debe entenderse aquellas con objetivos predominantemente altruistas y cuyos beneficios, si los tuviera, no se reparten entre las personas a quien pertenece la responsabilidad de su dirección o control (Hansmann, 1980: 838).

Éstas últimas, por la naturaleza de sus objetivos, quedan encuadradas en una esfera más cercana al sector público, si bien, en ningún caso pueden ejercer autoridad legítima alguna sobre la población, más allá de la que ejercen de forma consentida sobre sus miembros o la que pudiera delegar alguna instancia pública (Mason, 1996). En este denominado “tercer sector”, al que haremos alusión más adelante, representa a la sociedad civil y abarca cualesquiera organizaciones, asociaciones o comunidades, con independencia de su naturaleza jurídica, que agrupe de forma voluntaria intereses legítimos de la sociedad (Moulton y Anheier, 2000; Ross y Osborne, 1999: 49-61; Salamon, 1996).

Existen multitud de definiciones dependiendo del enfoque utilizado y su amplitud, si bien, coinciden básicamente en una consideración jurídico-relacional de índole colaborativo entre ambos sectores para el logro de sus respectivos objetivos mediante la puesta en común de prestaciones y compromisos (Greve y Ejersbo, 2002: 3). En un sentido amplio el concepto nos conduce a cualquier tipo de colaboración entre organizaciones del sector público y privado o más concretamente, empresas de cooperación entre el Estado y negocios privados, delimitando un vasto ámbito relacional entre

ambas esferas (Linder, 1999). Desde esta perspectiva el concepto *PPP* se extiende tanto como lo hace la propia idea de colaboración o *partnership* y acoge en su seno un margen infinito de actividades de colaboración en tanto que “los métodos para llevar a cabo dichas actividades colaborativas tienen como único límite la imaginación y las autoridades económicas están siendo cada vez más imaginativas en el uso de este concepto” (Lyons y Hamlin, 1991: 55; McQuaid, 2000: 11).

Sin ánimo de agotar las posibles definiciones, sí procede una aproximación a algunos de los enfoques que la doctrina ofrece sobre el concepto de *PPP*. Lawther (2002) los define como “*un acuerdo de roles y relaciones en el cual dos o más entidades públicas y privadas se coordinan de forma complementaria para alcanzar sus respectivos objetivos a través de la búsqueda conjunta de uno o más objetivos comunes*” y Holland (1984) destaca la esencia propia de la colaboración como la acción de “actuar o trabajar en común” al definir los *PPP* en el ámbito de la política pública como “la cooperación entre personas u organizaciones en los sectores público y privado en beneficio mutuo”.

Esta concepción laxa del término ha recibido un amplio tratamiento doctrinal a lo largo de los años, facilitando su puesta en práctica de forma habitual en países como Estados Unidos en diferentes ámbitos de la esfera pública y con un extenso espectro de objetivos y aplicaciones. Así, Harding (1990: 110) los califica como “*cualquier acción que descansa en el acuerdo entre actores públicos y privados que contribuya de alguna forma a la mejora de la economía local y la calidad de vida*”, si bien, el propio autor advierte que su generalidad limita su valor como referencia conceptual.

Más concreta en cuanto a los sujetos intervinientes pero igualmente general respecto del ámbito de la colaboración es la definición de la *Commonwealth of Massachusetts* que los califica como “*colaboración entre el mercado, organizaciones sin ánimo de lucro y el Gobierno en la cual los riesgos, recursos y capacidades se comparten a través de proyectos que*

*beneficien a cada una de las partes así como a la Comunidad".* En todo caso la forma institucional de los *PPP* varía, pudiendo aparecer como entidades formales conjuntas, un acuerdo para cooperar o simplemente una organización nueva en la que tanto lo público como lo privado participen (Greve y Ejersbo, 2002: 3).

Si atendemos a consideraciones de política de desarrollo podemos definir los *PPP* como *"la cooperación entre sujetos que acuerdan actuar conjuntamente para la consecución de un objetivo específico de desarrollo económico"* (Bennett y Krebs, 1994) y, más concretamente en el ámbito local Bailey (1994: 239) los considera como *"la creación de una coalición de intereses entre más de un sector en orden a preparar una estrategia conjunta para la regeneración de un área definida"*. Ciertamente el ámbito urbano y su desarrollo han sido esenciales en la fragua del concepto original de *PPP* y en tal sentido el Gobierno británico los ha definido como *"acuerdos voluntarios entre todos aquellos agentes con implicación en el desarrollo urbano o su regeneración (incluyendo las comunidades locales, autoridades locales, departamentos y agencia gubernamentales y el sector privado) para una estrategia a largo plazo conjunta e integral de regeneración de dichas áreas"* (The Scottish Office, 1993: 6).

De esta perspectiva general se pueden extraer algunos rasgos característicos de los *PPP* que aparecen en gran parte de sus manifestaciones y que ayudan a perfilar conceptualmente esta figura: la naturaleza voluntaria de la relación, el amplio abanico de posibles participantes – desde la comunidad local hasta el sector privado, pasando por los sujetos públicos y las organizaciones voluntarias (aunque éstas últimas no se mencionan expresamente en la definición sí aparecen en el documento (McQuaid, 2000: 11-12))-, una estrategia conjunta a largo plazo y reparto de aportaciones y riesgos.

En este planteamiento se contempla de forma particular la cooperación entre organizaciones públicas y organizaciones voluntarias como formas



peculiares de *partnership*, en tanto que las relaciones entre los gobiernos y organizaciones sin ánimo de lucro representan esencialmente formas de colaboración (Salamon, 1996). Este aspecto resulta ciertamente relevante para el análisis conceptual de los *PPP* en tanto que estas formas de cooperación general entre organizaciones públicas y privadas, habitualmente enmarcadas en un contexto material de profundo contenido social y bajo premisas finalistas relacionadas con la promoción de objetivos prestacionales nucleares, representan la esencia misma del espíritu colaborativo presente en el concepto de *partnership* y configuran los cimientos sobre los que otros esquemas más específicos deben erigirse. Una muestra de su importancia como esquema primigenio de colaboración es su larga y fructífera experiencia en Estados Unidos, país pionero en la utilización de cualesquiera formas de participación del sector privado en la vida pública, donde representó el precedente directo del Estado y de toda acción colectiva<sup>2</sup>.

Más aún, el uso del término "*partnership*" tiene su origen, según parte de la doctrina, en el ámbito del desarrollo gracias al Informe "*Partners in Development*" auspiciado en 1968 por el Banco Mundial y el antiguo primer ministro canadiense Lester Pearson (Hailey, 2000: 313). Dicho informe expresaba el desencanto con las relaciones existentes en el mundo de cara al desarrollo y apostaba por un futuro basado en estrategias de cooperación entre los países y organizaciones donantes y receptoras de ayuda (Hately, 1997). Otros autores sitúan las raíces del término "*partnerships*" en los movimientos radicales de solidaridad surgidos en los años 60 y 70 del siglo pasado, especialmente en Latinoamérica, en base a la creencia de que la cooperación y solidaridad internacionales son el corazón del desarrollo (Fowler, 1997; Martella y Schank, 1997).

En todo caso estas relaciones originales tenían como elemento común la confianza, esto es, el mutuo reconocimiento por las partes intervinientes de

---

<sup>2</sup> En este sentido, *The National Council of Public-Private Partnerships* (NCPPPP) (2002) ha señalado que "la externalización de servicios en colaboración con organizaciones no gubernamentales ha tenido una profunda y orgullosa tradición en Estados Unidos".

que se necesitan unas a otras para conseguir sus objetivos. Así, lo que Fowler (1997: 107) denominó como “los auténticos *partnerships*”, estaban basados en la confianza, el compromiso, principios o valores compartidos, legitimación mutua, transparencia y responsabilidad.

Sin embargo, la tendencia, muy extendida en la actualidad, que reduce el tratamiento doctrinal de los *PPP* al examen de las formas más complejas de provisión de bienes y servicios públicos a gran escala con significativas implicaciones financieras y amplia repercusión social obviando otras articulaciones más simples en su materialización pero extremadamente delicadas en sus planteamientos jurídico-públicos, pueden conducir a posicionamientos teóricos confusos y simplistas que despojen al concepto de sus rasgos identificativos primigenios. Surge así el riesgo de que la discusión sobre los nuevos *PPP* ignore la experiencia de aquellas relaciones público-privadas de bajo perfil pero bien establecidas entre los gobiernos y las organizaciones sin ánimo de lucro (Linder, 1999). De hecho, parte de la doctrina considera que el término “*partnership*” ha perdido ya el contenido ideológico original que le prestaba legitimidad, para generalizarse en un uso pragmático y alejado de su esencia (Hailey, 2000: 313).

#### **B. Alcance del concepto en el ámbito de prestación de las infraestructuras públicas.**

Las infraestructuras públicas tienen como finalidad la provisión de servicios a través de un sistema de distribución en red dirigida a una multitud de usuarios<sup>3</sup> y, de hecho, su propia definición las concibe como “un conjunto

---

<sup>3</sup> A lo largo de la historia, las necesidades de abastecimiento de agua y transporte de las distintas sociedades llevaron a sus gobernantes a la construcción de grandes obras de ingeniería, algunas de ellas muy relevantes por sus dimensiones, la complejidad de su diseño y su perdurabilidad en el tiempo. Las modernas infraestructuras que hoy conocemos son el resultado de una verdadera “revolución de las infraestructuras” motivada por el vertiginoso desarrollo de la tecnología que ha llevado a cambiar radicalmente la manera en que se satisfacen las necesidades de agua, luz, transporte o comunicaciones respecto de cómo lo hacían las antiguas sociedades (The World Bank, 1994). Así, por ejemplo, desde el descubrimiento de las tuberías de hierro fundido y las bombas de vapor las infraestructuras para el abastecimiento de agua se extendieron espectacularmente al reducirse los costes y multiplicarse el uso, comenzando por el sistema de conducciones desarrollado en Londres en

de elementos y servicios necesarios para el funcionamiento de una organización cualquiera”<sup>4</sup>. El término engloba, con carácter general, todos aquellos equipamientos o instalaciones, ya subterráneas o en superficie, configurados como redes a lo largo de un espacio geográfico determinado para posibilitar la provisión y distribución de bienes y servicios a la población y que requieren para su desarrollo la aportación intensiva de capital mediante la realización de inversiones permanentes e inmóviles<sup>5</sup>.

Podría decirse, por tanto, que las infraestructuras en red darían soporte a los llamados servicios públicos económicos, esto es, aquellos servicios esenciales para el desarrollo económico y social que garantizan la vertebración del territorio en aras de una efectiva circulación de personas y mercancías y el suministro de prestaciones esenciales para la vida de la comunidad (Malaret, 2007: 5).

Se incluyen, en primer término, las relativas al transporte, tanto líneas ferroviarias o fluviales como carreteras, puertos o aeropuertos que permiten la interconexión de personas y mercancías entre los distintos territorios. En segundo lugar las infraestructuras energéticas como, por ejemplo, las instalaciones para la generación y distribución de energía eléctrica, gas o petróleo (plantas hidráulicas, gaseoductos y oleoductos). Por último, las que dan soporte a los sistemas de comunicaciones y telecomunicaciones, postal, telegráfico, telefonía fija y celular, televisión, radio, satélite, etc... (Cruz Ferrer,

---

1850. Igualmente la implementación de sistemas de conducción de gas permitió la utilización de redes públicas de alumbrado en las ciudades a principios del siglo XIX y las redes de saneamiento subterráneas sustituyeron los antiguos sistemas de vertido de residuos en las comunidades. Otros avances tecnológicos como el telégrafo y la telefonía revolucionaron las comunicaciones y abrieron paso a nuevos sectores de desarrollo de infraestructuras públicas. Por último, algunas actividades existentes desde antiguo, como el regadío o el transporte, experimentaron una gran transformación en sus infraestructuras con la aparición de sistemas alternativos como canales bajo tierra o líneas de ferrocarril.

<sup>4</sup> Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 22ª edición, 2001, <http://www.rae.es>.

<sup>5</sup> Pese a que el propio término infraestructuras pudiera entenderse referido a instalaciones de carácter subterráneo o en parte bajo el nivel del suelo, lo cierto es que un gran número de ellas se desarrolla en superficie, bien directamente como la red de carreteras, bien a través de estructuras de soporte como el caso del tendido eléctrico o las instalaciones de la red de telecomunicaciones (Gómez-Ibáñez, 2003: 4).

2002: 43-44) completan el ámbito de las infraestructuras en red o *infrastructure utilities*, en su denominación anglosajona.

Consideración especial merecen también las llamadas infraestructuras sociales que sirven para la implantación de los servicios públicos de carácter social, esto es, aquellos que aseguran prestaciones esenciales para una sociedad y de los que depende en gran medida el bienestar, la seguridad y la cohesión de la comunidad en su conjunto como la sanidad, la enseñanza, la seguridad social o algunos servicios públicos locales o urbanos que resultan necesarios para la vertebración social de la colectividad, como las redes de abastecimiento, saneamiento o de transporte del agua (Cruz Ferrer, 2008). Sin las características propias de los sistemas en red, estos equipamientos sociales han experimentado igualmente un gran desarrollo con motivo de la universalidad de las prestaciones públicas que albergan y la demanda por los ciudadanos de una mayor calidad en estos servicios básicos. Así, la construcción de escuelas, hospitales o equipamientos en el ámbito urbano han aumentado significativamente en número y complejidad<sup>6</sup>.

Pues bien, la construcción de grandes infraestructuras se concibió como una de las funciones o potestades públicas por naturaleza dada la función capital que aquellas tienen desde el punto de vista estratégico, económico y de cohesión y vertebración territoriales y el beneficio que su provisión supone para toda la colectividad. Por sus especiales características las infraestructuras han contado tradicionalmente con la participación activa de los poderes públicos para su provisión y desarrollo. Sin embargo, su prestación, por no revestir necesariamente ejercicio de autoridad por los

---

<sup>6</sup> Esta distinción entre infraestructuras económicas e infraestructuras sociales puede encontrarse en Ruíz Ojeda (2006: 103, nota 181), que define las primeras como aquellas necesarias para el incremento de la productividad y eficacia de los factores económicos (PIB, nivel de renta de una zona, etc.), y las segundas las que constituyen condiciones para una mejor calidad de vida y bienestar, pero que pueden no resultar rentables desde el punto de vista productivo.

poderes públicos, puede ser desarrollada mediante la participación del sector privado<sup>7</sup>.

La razón de ser de los *PPP*, en su sentido comúnmente aceptado, puede situarse precisamente en la colaboración del sector privado en el ámbito de lo público y, por tanto, pueden concebirse en su sentido más extenso como cualquier acuerdo entre el sector público y el sector privado mediante el cual éste último lleva a cabo actividades públicas que tradicionalmente han sido reservadas al Estado (Lyons y Hamlin, 1991: 55, McQuaid, 2000: 11 y Holland, 1984).

Esta amplitud en el concepto nos situaría en un inmenso espectro de actividades de interés público o general cuya realización, habitualmente responsabilidad del sector público, contaría con la presencia de sujetos privados (De Bettignies y Ross, 2004: 137). Pero si nos ceñimos al ámbito económico tal colaboración supone la participación, en mayor o menor medida, del sector privado en la provisión de bienes y servicios públicos, esto es, aquéllos bienes y servicios que, por razones principalmente económicas, deben ser asumidos por el sector público (Van Ham y Koppenjam, 2001: 598). Este es el caso de las infraestructuras públicas.

---

<sup>7</sup> En este punto es importante recordar que la doctrina distingue entre las funciones o potestades públicas y los servicios públicos, refiriéndose a las primeras como aquellas necesarias para mantener la seguridad, el orden y la subsistencia de la comunidad y cuya realización despliega efectos beneficiosos para la sociedad en su conjunto. Se conciben así como la esencia del poder gubernamental por naturaleza ya que requieren el ejercicio de la autoridad coactiva propia del Estado, que se convierte así en su titular natural y el responsable de su financiación con cargo a los recursos colectivos. Entre dichas funciones nos encontramos con la Defensa Nacional, la administración de justicia, la Hacienda Pública y las funciones de policía y orden público. Por otro lado, los servicios públicos se definen como prestaciones esenciales para la vida social y económica de una sociedad y de los que depende en gran medida el bienestar, la seguridad y la cohesión de la comunidad en su conjunto. Por una parte se distinguen los servicios públicos sociales como la sanidad, la enseñanza, la seguridad social o los servicios públicos locales o urbanos que resultan necesarios para la vertebración social de la colectividad. En segunda instancia, y no menos importantes, los servicios públicos económicos contribuyen decisivamente al crecimiento económico y la cohesión territorial de un Estado e incluyen el transporte, las comunicaciones y la energía. A diferencia de las funciones o potestades públicas por naturaleza, en el caso de los servicios públicos no aparece la acción coactiva de la autoridad como imprescindible para su realización y ello permite que su titularidad, gestión y financiación puedan ser privadas (Cruz Ferrer, 2008).

Como se verá en la segunda parte del trabajo al analizar los fundamentos económicos de la colaboración público-privada, los *PPP* se conciben como una de las posibles formas de prestación de bienes y servicios públicos en una sociedad.

En el escenario económico general podemos identificar, por un lado, una serie de bienes y servicios cuya producción y provisión al consumidor final corresponde al sector público<sup>8</sup>. En este caso el Estado es al mismo tiempo *productor*, en tanto elabora el bien o desarrolla el servicio directamente con sus medios, y *proveedor*, como figura intermediaria entre el productor y el consumidor final<sup>9</sup>. En el polo opuesto nos encontramos con los bienes y servicios producidos y provistos por el sector privado en su totalidad: el sector privado es, por tanto, productor y proveedor y se relaciona con los consumidores finales o usuarios en régimen de mercado en libre competencia.

Finalmente, existe un terreno intermedio entre ambas esferas económicas puras, la pública y la privada, que vendría representada por aquellas formas de producción y provisión en las que participan tanto el sector público como el privado y que podría identificarse con los *PPP* o colaboración público-privada en su sentido más genérico (De Bettignies y Ross, 2004: 139).

Lo que delimita inicialmente los *PPP* respecto de las fórmulas pública y privada de provisión es la utilización de la figura de la delegación como medio a través del cual el sector público encarga al sector privado la producción

---

<sup>8</sup> Esta opción se refiere tanto al denominado *government service*, en el que la prestación se realiza directamente por el Estado con sus medios propios (estructura orgánica compuesta de funcionarios o *public servants*) como la llamada *pure public enterprise*, esto es, la prestación pública utilizando entes o empresas pertenecientes al sector público (Savas, 2000: 67 y De Bettignies y Ross, 2004: 137).

<sup>9</sup> La distinción entre producción y provisión de bienes y servicios es esencial en la comprensión de la colaboración público-privada y, especialmente, de su encaje en el concepto general de privatización. La producción es la realización de aquellos trabajos necesarios para la elaboración de un bien o el desarrollo de una actividad o servicio, mientras que la provisión es aquella labor de intermediación mediante la cual se pone en contacto al productor con el consumidor final en orden a la adecuada asignación de los bienes o servicios. Un desarrollo completo de este aspecto puede verse en Savas, (2000: 64-66).

efectiva del bien o servicio, manteniendo en todo caso la titularidad y responsabilidad sobre el mismo. De acuerdo con la literatura angloamericana la figura de la delegación (*delegation*) engloba todas las formas de participación privada (*privatization*) en la prestación de bienes y servicios públicos en las que el Estado mantiene la titularidad y responsabilidad sobre los mismos, a diferencia de aquellas otras formas de participación privada en las que se traspasa completamente la propiedad del servicio o activo público al sector privado (*divestment*) (Savas, 2000: 67).

Se produce, por tanto, es la separación entre las figuras de productor y proveedor. Así, el sector público es el proveedor del bien o infraestructura mientras que el productor del mismo es el sector privado. Esto es, el Estado será el prestador directo a los consumidores o usuarios finales pero, en lugar de producir él mismo el activo, acuerda con un productor privado su elaboración o desarrollo en todo o parte de ellos (Savas, 2000: 67). Estos acuerdos pueden ser de dos tipos principalmente: la contratación externa o externalización<sup>10</sup> y la concesión<sup>11</sup>:

- a) Dentro del marco público de provisión de bienes y servicios la utilización de medios propios del Estado ha dejado paso de forma generalizada a la externalización mediante la contratación con terceros. La contratación por el Estado con empresas privadas para la provisión de bienes y servicios se designa indistintamente en el ámbito anglosajón como *public procurement*, *contracting-out* y *outsourcing*. Estos términos coinciden básicamente con el concepto de contratación pública presente en nuestra legislación de contratos, incluyendo la realización de obras públicas, suministro de bienes y prestación de servicios a través de medios externos a la Administración<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> En su denominación anglosajona *outsourcing* o *contracting-out*.

<sup>11</sup> En su denominación anglosajona *concesión* o *franchise*.

<sup>12</sup> No obstante, el término *outsourcing* viene a referirse preferentemente a la prestación externa de servicios, especialmente aquellos de competencia local o municipal cuya contratación privada dio origen a las formas más incipientes de participación privada en lo

El recurso a la contratación externa se fundamenta en las importantes deficiencias estructurales que sufre la arquitectura organizativa pública y que la convierten en menos flexible, innovadora y eficiente que el sector privado circunstancia que, a pesar de los mayores costes de transacción, impulsarán la contratación de bienes y servicios con sujetos privados en busca de una mayor eficiencia en la utilización de los recursos públicos (Abelson, 2005: 2). Desde el punto de vista económico la competencia entre los eventuales proveedores introducida por las licitaciones públicas para la contratación externa de bienes y servicios asegura la mayor eficiencia de costes posible, ello en un entorno monopolístico en el que un solo proveedor puede subsistir<sup>13</sup>.

En este sentido, Lundsgaard (2002) señala acertadamente las ventajas organizativas aportadas por la contratación con terceros frente a la provisión pública directa destacando cuatro aspectos esenciales: el aumento de incentivos a los proveedores para una actuación eficiente, el enfoque de su prestación sobre los objetivos nucleares del servicio y las necesidades de los usuarios, el énfasis sobre las buenas prácticas y la consecuente puesta en evidencia de las actuaciones ineficaces y, por último, la intensificación del efecto limitativo de las restricciones presupuestarias existentes.

En todo caso, sobre de las diferencias en la actuación y motivación de los sectores público y privado a la hora de prestar bienes y servicios públicos y la conveniencia de la adopción de la provisión pública directa o la contratación con terceros existe un tratamiento extenso y profundo en la doctrina. Como

---

público, y su equivalente en la legislación española es más confuso ya que podría equipararse al tradicional contrato de servicios así como a las más sencillas formas de gestión indirecta de servicios públicos en su modalidad de concesión.

<sup>13</sup> Según Demsetz (1968), unos bienes que por su naturaleza debían ser necesariamente provistos por el Estado sin posibilidad de integrarse en un mercado libre en competencia, encuentran la vía para beneficiarse de las ventajas que el sector privado incorpora a la gestión pública, y de una forma de competencia *ex ante* propia de las licitaciones públicas que introduce la competición “por el mercado” en lugar de “en el mercado” contribuyendo a la reducción de costes, incremento de la calidad y la innovación por los licitantes en los casos de monopolio natural en los que no cabe el mercado competitivo. Véase Bel (1996). Este aspecto se desarrolla detalladamente en la segunda parte de este trabajo al analizar los fundamentos económicos de la colaboración público-privada.



ejemplos pueden citarse a Niskanen (1971), Allison (1982), Borcharding (1978: 111-132), Wolf (1979: 114-133), Bailis (1984), Downs (1967), Rainey (1983: 207-242), Meyer (1982), Fitch (1974), Drucker (1973: 43-60), Bennett y Johnson (1980: 363-396), entre otros<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Sobre la conveniencia de adoptar esquemas de externalización en lugar de la provisión pública directa con medios propios del Estado existe un amplio debate doctrinal cuyo tratamiento excede del objeto del presente trabajo. Sirva, no obstante, señalar a modo de resumen los argumentos principales esgrimidos a favor y en contra de dicha práctica. A favor de la contratación externa se han citado los siguientes:

1. resulta más eficiente porque: a) potencia las fuerzas de la competencia lo que redundará en favor de los proveedores más eficientes y descarga la presión del mercado sobre los más ineficientes, b) permite una mejor gestión al estar libre de las influencias propias de organizaciones políticas y c) a diferencia del sector público, tiene potentes incentivos para actuar más eficientemente y gestionar adecuadamente los recursos humanos y financieros.
2. hace posible que el sector público se aproveche de aquellas capacidades técnicas y de innovación que ofrece el mercado y de la que carecen habitualmente sus propias estructuras de trabajo.
3. permite una más rápida respuesta a las nuevas necesidades que surjan y experimentar con programas innovadores de actuación, sin las restricciones propias de una organización burocrática.
4. facilita el cambio de la respuesta a las posibles eventualidades en las necesidades o las disponibilidades presupuestarias.
5. permite las economías de escala con independencia del tamaño de la administración contratante.
6. facilita la transparencia y la buena gestión económica ya que los costes de la contratación son claramente visibles en el precio del contrato, mientras que los costes de la actividad de los medios propios de la administración pública son difícilmente identificables.
7. reduce la dependencia de un único proveedor de manera que se reduce también el riesgo de inconvenientes en la provisión por motivos de conflictividad laboral o ineficiente gestión empresarial.
8. crea oportunidades de desarrollo de la pequeña y mediana empresa así como el tejido empresarial procedente de grupos minoritarios.
9. limita el tamaño del sector público así como el número de sus empleados.
10. fomenta al sector privado en la innovación y la creatividad empresariales en orden a la satisfacción de nuevas necesidades públicas.

En contra de la externalización, sin embargo, se argumenta lo siguiente:

1. resulta más costosa porque en el sector privado:
  - existen prácticas corruptas en los procesos de adjudicación.
  - Influencias y prácticas laborales perniciosas de las asociaciones empresariales.
  - Su objetivo es la obtención de beneficios mientras que el sector público busca el interés general.

Si nos centramos en el ámbito de las infraestructuras estaríamos ante la contratación directa a través de los tradicionales contratos de obras (*BT (Build and Transfer)* o *Turnkey*, en la práctica angloamericana) cuyo tratamiento por la doctrina, en particular en lo referente a su naturaleza y características, ha sido ciertamente extenso (Wessemann, 1981; Marlin, 1984; Rehfuss, 1989; Doremberg, 1998; O'Looney, 1998). Sus características se resumen en las siguientes: a) el bien a adquirir o construir puede definirse de forma específica y detallada, b) hay concurrencia de potenciales proveedores, esto es, una variedad de sujetos dispuestos a contratar con el sector público en libre competencia, c) el sector público tiene capacidad para dirigir y controlar la actividad del contratista y d) las condiciones de la relación se incluyen en un contrato y adquieren fuerza obligatoria (Savas, 2000: 75).

b) La concesión se configura como un contrato mediante el cual el Estado acuerda con un operador privado la construcción de una infraestructura y, como contraprestación, le otorga el título de delegación necesario para ejercer el derecho a obtener el pago directamente de los consumidores finales o usuarios durante un periodo de tiempo determinado. En el acuerdo o contrato se establecen únicamente unas especificaciones del servicio que aquél debe prestar a los usuarios así como las tarifas máximas que podrán imponerse.

- 
- Habitualmente hay carencia de proveedores especializados lo cual limita la competencia.
  - Hay un alto coste para la licitación y gestión del contrato así como el seguimiento de la actividad del contratista.
2. desincentiva el trabajo de los empleados públicos, su promoción profesional y obvia los principios de mérito y capacidad en el empleo de manera que se reduce la funcionalidad de la propia administración.
  3. limita la flexibilidad del sector público frente a necesidades sobrevenidas y situaciones de emergencia.
  4. vincula la función pública a las vicisitudes del mercado y las prácticas empresariales.
  5. condiciona la actividad del sector público a la elaboración de contratos escritos complejos con un alto coste y dificultad de gestión.
  6. aumenta el poder de grupos de interés privados y asociaciones empresariales cuya actuación de presión busca asegurarse recursos públicos.

En su versión más tradicional la concesión se configura como una relación a largo plazo que incluye el diseño, la financiación y la construcción de la infraestructura por el sector privado, obteniendo el derecho a su explotación mediante el pago de los usuarios por su uso.

Las anteriores consideraciones pueden ilustrarse de forma sencilla en el siguiente cuadro:

CUADRO 1: COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN SENTIDO AMPLIO (O SEGÚN EL CRITERIO DE LA PRODUCCIÓN Y PROVISIÓN DEL BIEN)

PRODUCTOR	PROVEEDOR	
	Público	Privado
Público	<b>PROVISIÓN PÚBLICA DIRECTA</b> 1. Con medios propios ( <i>government service</i> ) 2. A través de entes o empresas públicas ( <i>pure public enterprise</i> )	
	<b>COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA</b> (Provisión pública indirecta o por delegación) 1. Externalización ( <i>outsourcing o contracting-out</i> ) 2. Concesión ( <i>Concesión o franchise</i> )	<b>PROVISIÓN PRIVADA</b> ( <i>Divestment</i> )

Fuente: Savas (2000: 67 y 107).

Como puede verse la *externalización*, en tanto participación de sujetos privados en la provisión de bienes y servicios a través de la figura de la delegación, es considerado por la doctrina anglosajona como parte del concepto amplio de *PPP* sin distinción respecto de los esquemas concesionales, si bien, lo cierto es que existen profundas diferencias entre ambas concepciones desde el punto de vista de la naturaleza de la relación existente entre los sujetos público y privado (Klijn y Teisman, 2000: 85).

Estas diferencias conceptuales invitan a una clara y necesaria delimitación entre ambas figuras contractuales a efectos de su calificación como *PPP* para concluir que, en un sentido propio o estricto del término, sólo la concesión puede considerarse como tal (Savas, 2000; Klijn y Teisman, 2000: 85). Veámoslo a continuación.

## 2. LOS *PPP* EN SENTIDO PROPIO: LA CONCESIÓN Y SUS DIFERENCIAS CON LA CONTRATACIÓN TRADICIONAL.

Si nos centramos en el concepto más propio o estricto de *PPP* o colaboración público-privada debe efectuarse, partiendo de los conceptos anteriores, una distinción entre las dos figuras que componen su concepción más amplia, la externalización y la concesión, en función de la naturaleza de la relación contractual en que éstas se fundamentan.

La externalización implica una relación específica a corto plazo entre sector público y agentes privados que tiene por objeto la elaboración de un bien público cuyas características pueden ser perfectamente definidas por el sujeto público contratante y cuyo precio satisfará el sujeto público al privado de forma directa. Se caracteriza por una mayor especificación de los requerimientos para la prestación de los bienes y servicios, el traslado al contratista de los riesgos inherentes a la prestación y la posibilidad de que el sector público concentre sus esfuerzos y recursos en aquellos servicios de obligada asunción por él (Abelson, 2005: 2).

Es una relación a corto plazo entre partes *de carácter transaccional* esto es, una relación entre contratante-agente en la cual el actor público define la necesidad y especifica la solución y, como contraprestación paga un precio cierto al agente privado (Klijn y Teisman, 2000: 85). En ella, los intereses de las partes son opuestos, cada una busca su interés particular, y las condiciones de la relación vienen especificadas en el contrato de manera que no se hace necesario ningún margen de participación o entendimiento para que los fines del contrato sean alcanzados (Pollitt, 1990).

La naturaleza de esta relación según García de Enterría y Fernández (2004: 648) supone la utilización por la Administración de instrumentos contractuales en el ámbito de específico de las relaciones patrimoniales que son comunes a todos los sujetos del derecho; la Administración actúa como "cliente" de los empresarios privados, esto es, en un terreno de simple colaboración o intercambio patrimonial.

Estaríamos ante la configuración típica de la contratación tradicional, esto es, los contratos públicos clásicos que define Williamson (1979: 233-261) como aquellos que "pretenden describir anticipadamente todas las contingencias futuras de la relación y proveer las soluciones específicas para cada una de ellas, siendo únicamente aplicable a relaciones simples y de corta duración", y que sería el aplicable a los contratos públicos de obras, servicios y suministros recogidos en la normativa comunitaria y española sobre contratación.

CUADRO 2: FORMAS TRADICIONALES DE CONTRATACIÓN

DENOMINACIÓN	DESCRIPCIÓN
Build and Transfer (BT) o Turnkey	Construcción de obras a precio cierto y con especificaciones técnicas predeterminadas por el Estado
Operation and Maintenance (OP)	Outsourcing de servicios específicos

*Fuente: Elaboración propia.*

Por tanto, la externalización implica una relación específica a corto plazo entre comprador público y proveedores privados caracterizada por la desconfianza y recelo propios de cliente y agente buscando maximizar su utilidad. Se trata de una relación transaccional entre partes que tiene por objeto la prestación de un bien o servicio cuyas características pueden ser perfectamente definidas por el sujeto público contratante (Pollitt, 1990). Tal planteamiento queda fácilmente obsoleto en los casos en los que el proceso público de toma de decisiones sea más complejo, como ocurre por ejemplo con la provisión de infraestructuras, por existir una gran ambigüedad e

indeterminación respecto de las características del bien o servicio y la forma en que debe proveerse (Klijn y Teisman, 2000: 85). El *outsourcing* o *contracting-out* es en definitiva una relación entre contratante-agente en la cual el actor público define la necesidad y especifica la solución.

Por el contrario, la concesión es un contrato a largo plazo a través del cual el sector público otorga el título de delegación necesario para habilitar legalmente la participación de entidades privadas en la provisión de todo o parte de un bien o servicio público y obtener su contraprestación directamente de los usuarios. En el caso de las infraestructuras, la concesión tradicional incluye el diseño, la financiación y la construcción de la infraestructura por el sector privado, obteniendo el derecho a su explotación mediante el pago de los usuarios por su uso.

La relación directa del concesionario privado con los usuarios finales unida a la extensa duración del contrato y a la asunción de todos los riesgos de financiación y explotación por aquél, determinan un necesario nexo entre las partes mucho más cercano y participativo respecto de sus objetivos e intereses (Greve y Ejersbo, 2002; U. K. National Audit Office (NAO), 2001). Asimismo, la imposibilidad de prever y establecer por anticipado en el contrato todas las posibles eventualidades de la relación entre las partes durante la vida del mismo impone la necesidad de renegociar dichas condiciones de forma continua. En este sentido podemos considerar la concesión como un acuerdo o contrato “de carácter relacional” (Williamson, 1979: 233-261)<sup>15</sup> y es esta distinta naturaleza de la relación que une a las partes determina la verdadera nota distintiva entre ambos tipos de contratos.

Pues bien, la concesión ha sido el vehículo jurídico habitual mediante el que se ha articulado la colaboración entre el sector público y el sector privado

---

<sup>15</sup> Williamson (1979: 233-261) define el contrato relacional como aquél que se adapta a las incertidumbres propias de cualquier relación a largo plazo y, para ello, confía en la renegociación como cobertura para tales incertidumbres previendo en el contrato las reglas generales para el establecimiento de tales negociaciones en lugar de anticipar soluciones específicas para todas las eventuales contingencias.

para el desarrollo de infraestructuras públicas y, en tal sentido, podríamos afirmar que la concesión y la colaboración público-privada en su acepción propia o *strictu sensu* son conceptos equiparables en tanto que se han utilizado originariamente de forma indistinta.

No obstante, para evitar confusiones terminológicas debe tenerse en cuenta que el concepto angloamericano *concession* o *franchise* en su acepción básica se aplica únicamente a la concesión para la construcción de una obra nueva, esto es, cuando su objeto sea el diseño, construcción y financiación de una infraestructura por el concesionario privado, a cambio del derecho de éste a su operación durante un plazo no inferior a los veinte años mediante el cobro de un pago directamente de los usuarios de aquella y su reversión a la Administración una vez finalizado el plazo concesional.

Ello incluiría básicamente la fórmula conocida como *BOT (Build, Operate and Transfer)*, y su derivación *BOOT (Build, Own, Operate and Transfer)*, cuyas siglas representan las operaciones en que consiste la delegación al sector privado: construcción, explotación y reversión. El término *BOT* parece que fue acuñado en los primeros años ochenta por el Primer Ministro turco Turgut Ozal, para designar aquellos proyectos en que el sector privado construía las infraestructuras, operaba el servicio y transfería la propiedad de los activos al Estado (los términos *Build, Operate and Transfer* y *Build Own and Transfer* se utilizaron indistintamente para designar dicho modelo) (Augenblick y Custer, 1990: 4)<sup>16</sup>. Su explicación detallada será abordada más adelante<sup>17</sup>.

Este término *concession* o *franchise* sería el equivalente al concepto actual de concesión de obra pública en Derecho español.

---

<sup>16</sup> Téngase en cuenta que la original fórmula de concesión *BOT* no incluía necesariamente la financiación privada a cargo del concesionario, por lo que esta operación no se definía como una de las siglas que componían su denominación, si bien, era muy frecuente la articulación del esquema *BOT* incluyendo también la financiación a cargo del sector privado.

<sup>17</sup> Véase Cuadro 4 "Formas de participación privada", pág. 36 y 37.

Por el contrario no quedan comprendidos en el concepto de *franchise* o *concession* aquellos contratos cuyo objeto es la operación por un concesionario privado de una obra o infraestructura preexistente que la Administración pone a su disposición, otorgándole el derecho a su explotación mediante el cobro de los pagos de los usuarios. Esta figura, denominada *Lease*<sup>18</sup> en la práctica anglosajona, sería el equivalente al concepto de concesión de servicios públicos en Derecho español<sup>19</sup>.

En este sentido, como señala Savas (2000: 246), los esquemas *BOT* o *BOOT* representativos de modelo concesional tradicional de construcción y operación de infraestructuras (*franchise* o *concession*) pueden considerarse el paradigma de los *PPP* en el ámbito de las infraestructuras. En todo caso, el resto de fórmulas de participación privada en la provisión de infraestructuras que no puedan encuadrarse en el concepto anterior –por ejemplo los esquemas *Lease*– no dejan, por ello, de ser también expresiones de *PPP* en un sentido estricto en tanto que su esquema de relación se reconduce también a la naturaleza concesional.

Estas diferencias no obstan, sin embargo, para que pueda situarse a la externalización como el origen inmediato de la relación propia de los *partnership*, y concebir éstos como una extensión de aquella relación contractual en cuanto al grado de participación del sector privado en la asunción de las funciones necesarias para la implementación de los proyectos<sup>20</sup>. Autores como De Bettignes y Ross (2004: 138) consideran el *outsourcing* o *contracting-out* como forma incipiente de colaboración y el germen de las fórmulas más avanzadas de colaboración o *partnership*.

---

<sup>18</sup> Sus características y modalidades se detallan en el Cuadro 4 “Formas de participación privada”, pág. 36 y 37.

<sup>19</sup> La concesión de servicios se ha articulado en las distintas Leyes de contratos públicos en España como una de las modalidades del contrato de gestión de servicios públicos.

<sup>20</sup> Un análisis comparativo de las características del *contracting-out* y los *PPP* puede encontrarse en Klijn y Teisman (2000: 86).



CUADRO 3: LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN SENTIDO PROPIO (SEGÚN EL CRITERIO DE LA NATURALEZA DE LA RELACIÓN)

PRODUCTOR	PROVEEDOR	
	Público	Privado
Público	PROVISIÓN PÚBLICA DIRECTA	
	1. Con medios propios ( <i>government service</i> ) 2. A través de entes o empresas públicas ( <i>pure public enterprise</i> )	
Privado	3. Externalización ( <i>outsourcing</i> o <i>contracting-out</i> )	PROVISIÓN PRIVADA ( <i>Divestment</i> )
	COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA Concesión ( <i>Concessión</i> o <i>franchise</i> )	

Fuente: Elaboración propia a partir de Savas (2000: 67 y 107).

### 3. EL CONCEPTO ACTUAL DE PPP EN LA DOCTRINA ANGLOSAJONA: SU SEPARACIÓN DEL CONCEPTO ORIGINAL DE CONCESIÓN.

La concesión, tal y como la hemos definido en el apartado anterior, ha sido históricamente la fórmula de colaboración público-privada por excelencia y se ha constituido en el modelo contractual básico para su desarrollo. En el caso de las infraestructuras públicas la utilización de la concesión fue ciertamente habitual en muchos países y, a través de ella, se confiaba al sector privado su construcción y la aportación del capital necesario, esto es, su financiación. A cambio se le concedía el derecho a obtener de los usuarios el cobro de una cantidad económica por el uso de la infraestructura durante el periodo de vigencia del contrato, normalmente superior a los veinte años, revertiendo la obra al Estado una vez finalizado.

Sin embargo, este concepto básico de concesión ha tenido una evolución y alcance diferentes en los distintos sistemas jurídicos y ello ha determinado

decisivamente la concepción que en los distintos países puede darse a los *PPP* como veremos a continuación.

En Estados Unidos, un contexto político e ideológico proclive a la iniciativa privada en la vida de los ciudadanos (Seader, 2002: 1) permitió la rápida evolución del concepto básico de concesión hacia otras formas de participación del sector privado en la prestación de bienes y servicios públicos que suponían un avance frente a la concepción clásica de la concesión en dos aspectos o perspectivas principales:

**A. La flexibilización de la fórmula concesional.**

En primer lugar se plantearon variaciones del modelo concesional que incluían distintos grados de participación del sector privado dependiendo del número de funciones que éste asumiera (diseño, construcción, financiación, operación, mantenimiento, reversión...). Ello permitió dar respuesta a distintas necesidades de prestación haciendo aplicable la colaboración público-privada a una serie de proyectos que, por su volumen de inversión o las características del sector, no hacían aconsejable la utilización de la concesión clásica.

Este espíritu de flexibilización de las formas primitivas y su adaptación a las necesidades reales en cada caso concreto fue derivando hacia un clima de creatividad en la propuesta de cualesquiera fórmulas o modalidades de colaboración entre ambos sectores, algunas de ellas ya claramente alejadas del esquema de concesión original, que contribuyeran a una mayor eficiencia de la prestación de bienes o servicios.

De manera simplificada y con las reservas que impone la filosofía de articulación de esquemas de colaboración a medida de las necesidades particulares y coyunturales de cada proyecto, se puede ilustrar una aproximación a las distintas fórmulas utilizadas habitualmente en Estados Unidos:

CUADRO 4: FORMAS DE PARTICIPACIÓN PRIVADA

	DENOMINACIÓN	DESCRIPCIÓN
PARTICIPACIÓN PRIVADA EN LA CONSTRUCCIÓN DE ACTIVOS	Design and Build (DB)	Se otorga libertad al sector privado para diseñar y definir el proceso de construcción, contratándose outputs o resultados. Fue el primer paso hacia el concepto de partnership en bienes y servicios en EEUU.
	Lease and Purchase (LP)/ Build, Lease and Transfer (BLT)	El sector privado construye y financia el activo y lo alquila al Estado para su operación por éste
	Design, Build, Lease and Maintain (DBLM)/ Design, Build and Maintain (DBM)	El sector privado conserva el mantenimiento del activo tras alquilarlo al Estado.
	Sale and Lease-Back	El sector privado vende un activo al Estado, el cual se lo alquila después al primero para que lleve a cabo la operación del servicio. Tiene una finalidad eminentemente contable
PARTICIPACIÓN PRIVADA SÓLO EN LA OPERACIÓN DE LOS SERVICIOS O FINANCIACIÓN	Lease	Explotación de un activo por el sector privado mediante la operación de servicios de interés público a largo plazo y financiándose normalmente a través de cánones pagados por los usuarios.
	Lease, Develop and Operate (LDO)/ Lease, Renovate, Operate and Transfer (LROT)	Lease incluyendo la renovación de los activos por el sector privado.
	Buy, Build and Operate (BBO)	Lease incluyendo ampliación o extensión de los activos.
	Developing Finance (DF)	Fórmula de financiación privada que suele incluir el derecho a la explotación comercial del activo como contraprestación al capital privado, pudiendo consistir incluso en la construcción de explotaciones comerciales independientes. Es habitual su combinación con otros esquemas de colaboración.
	Tax-Exempt Lease	Otra fórmula de financiación privada únicamente, consistente en derechos de exacción fiscal como contrapartida al sector privado por la aportación de los fondos.

	DENOMINACIÓN	DESCRIPCIÓN
PARTICIPACIÓN PRIVADA EN LA CONSTRUCCIÓN, FINANCIACIÓN Y OPERACIÓN	Design, Build and Operate (DBO) + esquema de financiación DF o Tax-Exempt Lease	El sector privado diseña, construye y explota el activo mediante la operación de los servicios, y lo transfiere al Estado al final del periodo contractual. La financiación se lleva a cabo mediante fórmulas específicas e financiación.
	FRANCHISE / CONCESSION Build, Operate and Transfer (BOT)	El sector público concede al privado el diseño, la construcción del activo y su explotación mediante el dercho al cobro de tarifas a los usuarios por el uso de aquél, transfiriéndose al Estado al final del periodo contractual. En principio incluye la financiación por el privado, aunque la fórmula BOT admite la posibilidad de que la financiación sea pública.
	Build, Transfer and Operate (BTO)/ Build, Own, Operate and Transfer (BOOT)	Variaciones del esquema BOT con similar contenido.
	Design, Build, Finance and Operate (DBFO)	Derivación del modelo BOT incluida en el programa PFI británico, que incorpora en todo caso la financiación privada y la retribución al concesionario mediante pagos de la Administración por la explotación de los servicios complementarios a la infraestructura.
	Build, Own, Operate (BOO)	El sujeto privado mantiene la propiedad del activo por lo que sus diferencias con la privatización propia de activos (divestment) son mínimas.

Fuente: Elaboración Propia

Debe resaltarse, por otro lado, que el margen para la germinación de diferentes fórmulas de colaboración es tan extenso como inagotables son los objetivos a conseguir y los mecanismos existentes para ello, desarrollándose una vanguardia en continuo proceso de exploración para acuñar nuevas posibilidades de participación conjunta entre los sectores público y privado. Así, se apuntan fórmulas innovadoras, algunas aún en estudio otras ya en plena implementación, que anuncian un vasto territorio de acción que merece ser investigado al tiempo que empiezan a transformar la tradicional percepción de las relaciones entre lo público y lo privado y a desarmar sus coordenadas ortodoxas de actuación.

Al lado del espectro de aplicación de los *partnerships* que hemos analizado, hay otras formas por las que los recursos privados se incorporan a los programas públicos, aunque muchas de ellas se circunscribieran principalmente al ámbito de prestación de servicios públicos. Desde la más básica cooperación de la sociedad civil con los poderes públicos representada por la prestación directa del propio ciudadano o la familia (*self-service* o *self-help*<sup>21</sup>) y el voluntariado a través de asociaciones y comunidades sin ánimo de lucro (*voluntary service*<sup>22</sup>) existen multitud de fórmulas de colaboración (Savas, 2000: 81).

Los denominados *vouchers* y últimamente *de-regulation* y *commercialization* son sólo algunos ejemplos de nuevas fórmulas que surgen

---

<sup>21</sup> Se concibió como la más básica forma de colaboración con el Estado en la prestación de servicios, directamente con la participación de los ciudadanos o a través de la familia como unidad primigenia de sociedad civil. Estas formas denominadas también *coprovision* o *coproduction* se desarrollaron ampliamente en Estados Unidos y ejemplos como la colaboración en el servicio de extinción de incendios de las ciudades mediante la toma de medidas preventivas por los propios ciudadanos o la prestación de atención a enfermos, personas mayores o educación a cargo de las familias representaron algunos ejemplos sencillos de estas fórmulas primigenias de prestación indirecta de servicios públicos. Un interesante estudio al respecto puede encontrarse en Ferris (1984: 324-333).

<sup>22</sup> La experiencia de colaboración con asociaciones voluntarias en Estados Unidos ha sido prolífica y extensamente tratada por la doctrina. Amparadas bajo el término común de privatización filantrópica (*privatization by philanthropy*), se sustentó en la excelente capacidad de estas asociaciones para detectar las necesidades reales y cercanas de los ciudadanos y ofrecer soluciones innovadoras para la prestación de los servicios necesarios para satisfacerlas. Ejemplos de ello fueron la colaboración de asociaciones religiosas con el ayuntamiento de Nueva York para paliar el problema de las personas sin hogar (*street people*) ofreciendo comida y alojamiento, la movilización ciudadana voluntaria en la organización de grandes eventos como los Juegos Olímpicos de Los Angeles en 1984 o sus contribuciones en la restauración de la estatua de la Libertad, o los programas de becas privadas para escolarización de niños sin recursos (*Children's Scholarship Fund*). Cfr. Fish, Kiesling y Mueller (1978). Quizás, uno de los ejemplos más sorprendentes e ilustrativos de esta clase de iniciativas privadas en la prestación de servicios de interés público fue la creación de la asociación llamada *Sidewalk Protection Corporation* por parte de un grupo de abogados dedicados a la defensa ciudadana en demandas contra la ciudad de Nueva York por reclamación de indemnizaciones por lesiones causadas por el mal estado de las calles o el pavimento urbano. Según una Ley municipal, no cabía indemnización a un particular si previamente no se había informado al ayuntamiento de la existencia de un defecto en un servicio o instalación cuyo mantenimiento fuera responsabilidad del mismo. Para evitar esta situación se creó la asociación mencionada cuya misión era reclutar personal que patrullaba las calles detectando dichas anomalías en las calles y poniéndolo en conocimiento de las autoridades municipales, de modo que las reclamaciones posteriores tuvieran derecho a la correspondiente indemnización. Mediante esta iniciativa, surgida por el interés de un colectivo privado, se satisfizo el interés público ya que el ayuntamiento se vio obligado a reparar las anomalías en los servicios e indemnizar los daños a los particulares. Los detalles de esta iniciativa pueden verse en Kolbert (1998).

alrededor del panorama de la colaboración. Los *vouchers* son acuerdos entre la Administración y los proveedores de bienes o servicios para su prestación directa a los usuarios elegibles o subsidiados mediante sistemas de cupones o *stamps*, y su posterior reembolso por la autoridad pública<sup>23</sup>. Por *deregulation* debemos entender aquellas formas de colaboración muy cercanas a la situación de liberalización de servicios públicos o mercados, esto es, en los que la provisión por el sector privado es total limitándose el Estado a ejercer una labor reguladora de las condiciones del servicio y los intereses generales. Finalmente, la *commercialization* es una forma avanzada de colaboración aplicada normalmente a sectores de la información o la administración electrónica y que permiten la utilización de sistemas públicos de información por sujetos privados para su gestión o venta, obteniendo el Estado los correspondientes *royalties*. En otros casos el Estado opera los sistemas y paga el servicio concediendo derechos publicitarios (Seader, 2001: 8).

Las posibilidades de colaboración se multiplican de forma ilimitada a través de los denominados *Mixed Arrangements* (acuerdos mixtos) consistentes en esquemas que combinan varias fórmulas al tiempo (*multiple arrangements*) o bien esquemas que sin responder a ningún modelo concreto incluyen características individuales de varios de ellos (*hybrids arrangements*) (Savas, 2000: 87).

## **B. La introducción de la perspectiva colaborativa.**

En segundo término, el propio concepto de concesión evolucionó hacia una fórmula más cualificada y representativa del espíritu estadounidense protector y promotor de la iniciativa privada mediante la intensificación del componente colaborativo de la concesión clásica, esto es, el comportamiento leal entre las partes para el éxito de la relación, el interés común que debe

---

<sup>23</sup> Para un análisis más detallado acerca de los *vouchers* puede consultarse a Bridge (1977), Stuerle (1998) y Posner (1998).

alcanzarse de forma compartida, y que la distinguía de los simples contratos de externalización.

Así, su consideración se identifica con aquellas formas de colaboración entre entidades públicas y privadas para dicho fin que, reuniendo una serie de características comunes, se articulan sobre la base de la mutua confianza y la actuación en términos de igualdad. Esos rasgos compartidos configuran una relación contractual de negocios a largo plazo con procedimientos de decisión comunes y participación en los riesgos (Greve y Ejersbo, 2002: 3). En este sentido, podemos considerar los *PPP* como *“una colaboración de cierta durabilidad entre actores públicos y privados para el desarrollo conjunto de bienes y servicios compartiendo los riesgos, costes y recursos derivados de dichos bienes y servicios”* (Van Ham y Koppenjam, 2001: 598).

Los *PPP*, por tanto, se conciben como una decisión conjunta entre las partes orientada a la máxima eficiencia en el marco de un contrato. La relación que configura los *PPP* está cimentada en la confianza y establece términos de igualdad entre las partes del contrato durante largos plazos, en ocasiones superiores a los 30 años (Greve y Ejersbo, 2002: 3). La relación leal y duradera entre las partes se configura pues como base conceptual sobre la que deberá construirse cualquier esquema de colaboración entre los sectores público y privado con vocación de continuidad. El éxito de los *PPP* dependerá de la existencia de una relación exitosa entre los participantes que permita el esfuerzo conjunto para la consecución de objetivos en ocasiones conflictivos entre sí: la autoridad deberá recibir más rentabilidad por su inversión, los usuarios unos servicios de calidad y los socios privados un razonable rendimiento por sus inversiones (UK Nacional Audit Office, 2001).

Ciertamente, los *PPP* se centran en la cooperación entre entidades, el sello de los *partnership* es la cooperación no la competición; el mecanismo disciplinar no es la salida en el mercado o los márgenes de beneficio sino una

empresa conjunta que reparta los riesgos financieros (Linder, 1999: 35)<sup>24</sup>. El reparto de los riesgos es pues un elemento capital en la definición misma de los *partnership*, íntimamente unido a otro de los rasgos comunes que apuntan por la doctrina como es el carácter relacional del acuerdo entre las partes intervinientes en el proyecto (Greve y Ejersbo, 2002: 3).

En esta síntesis conceptual subyace la verdadera esencia de los *PPP*, el sustrato fundamental que les da sentido como figura singular y delimita las fronteras con las formas contractuales o institucionales de provisión de bienes y servicios que tradicionalmente han protagonizado la función prestacional del sector público. La idea de colaboración, cristalizada en una relación a largo plazo de carácter contractual entre sujetos públicos y privados bajo la premisa de una acción conjunta, igualitaria y leal con participación en riesgos y decisiones debe presidir el análisis de los *PPP* como propuesta alternativa en el desarrollo de infraestructuras y servicios públicos, y bajo este prisma colaborativo y relacional debe abordarse cualquier aproximación, ya sea teórica u operativa, a la compleja realidad jurídico-económica subyacente en unas u otras manifestaciones de este fenómeno ya consolidado (Greve y Ejersbo, 2002: 3; Van Ham y Koppenjam, 2001: 598; Lawther, 2002)<sup>25</sup>.

Como puede verse esta reflexión sobre la naturaleza de los *PPP* en la tradición angloamericana nos aproxima a un marco conceptual complejo y heterogéneo en el que las esferas pública y privada que conviven en la regulación pública más ortodoxa ven alterados sus perfiles y pautas

---

<sup>24</sup> El término *joint venture* utilizado por Linder, que da nombre a una de los esquemas de colaboración incluidos en la *PFI* británica, puede definirse como sociedad o empresa conjunta, acuerdo de riesgos compartidos, proyecto conjunto e incluso puede ser sinónimo del término colaboración.

<sup>25</sup> Como se ha visto anteriormente si centramos el análisis conceptual de los *PPP* en la esfera de las políticas públicas de provisión de bienes y servicios y más concretamente, en la dotación de equipamientos infraestructurales, podemos considerarlos como acuerdos de cooperación entre sujetos públicos y privados –entidades o agencias gubernamentales, empresas privadas y organizaciones voluntarias– para el desarrollo e implementación de proyectos sobre la base de la mutua confianza y la acción en términos de igualdad. En tal sentido se han identificado con aquellas fórmulas de colaboración duradera entre los sectores público y privado para la provisión de bienes y servicios públicos mediante el reparto de riesgos, costes y beneficios (Van Ham y Koppenjam, 2001: 598).



habituales de actuación dando paso a concepciones más cercanas al esquema convencional o de colaboración, si bien manteniendo estructuras formales de base contractual o institucional. Al hablar de *PPP* debemos traspasar los parámetros conceptuales en que los modelos tradicionales de contratación pública se enmarcan y adoptar una perspectiva distinta en su concepción misma asumiendo un enfoque más laxo del rol que los sectores público y privado desempeñan en la provisión de bienes y servicios públicos y las vías para el cumplimiento de sus objetivos.

A partir de ahí se van concibiendo los *PPP* como una fórmula de relación a largo plazo entre las partes pública y privada orientada a la máxima eficiencia en el marco de la prestación de infraestructuras y servicios. Tal relación se establece en términos de igualdad entre las partes para la consecución de un objetivo común compartiendo para ello los riesgos y beneficios del proyecto (Lawther, 2002 y Van Ham y Koppenjam, 2001: 598). Asimismo, y especialmente en el ámbito local, la colaboración público-privada comienza a representar una nueva forma de gobernanza a través de la participación de la sociedad civil -las asociaciones voluntarias o "tercer sector"- en las decisiones comunes referentes a las infraestructuras y servicios públicos (Moulton y Anheier, 2000: 105-120, Salamon, 1996 y Hansmann, 1980: 838).

Pues bien, los *PPP* pasa así de lo que era una simple forma contractual, la concesión, a concebirse como una nueva forma de relación entre los sectores público y privado en toda su extensión. Esta "dimensión colaborativa" estará presente con independencia de cual sea la fórmula utilizada para articular el contrato, siendo en muchos casos habitual el uso de la concesión como esquema más representativo pero no el único.

Este proceso de evolución se reprodujo de forma natural en aquellos países con un sistema jurídico de tipo angloamericano presidido por el uso del *Common Law*, principalmente Australia, Nueva Zelanda, Canadá y Sudáfrica, si bien, la realidad es más compleja por el diferente alcance terminológico que en cada país tiene la palabra *PPP*. Así, en Australia, Nueva Zelanda y

Sudáfrica el término *PPP* se identifica exclusivamente con los esquemas basados en el modelo *BOT* que incluyen la financiación privada, denominados *DBFO*, y que se incluyeron, tal y como veremos en el capítulo siguiente, en el programa de financiación privada de infraestructuras y servicios públicos desarrollado por el gobierno británico con el nombre de *Private Finance Initiative (PFI)*.

Por el contrario, en Reino Unido el concepto *PPP* abarca, no solamente las fórmulas amparadas por la *PFI*, sino también los esquemas propios o materiales de privatización como son la venta de activos públicos a sujetos privados o la introducción de capital privado mayoritario en empresas de propiedad pública.

Este concepto más amplio del término *PPP* colaboración privada, lo reconoce el propio Tesoro al concluir que “en el Reino Unido el término *PPP* es utilizado para describir los acuerdos concesionales de la *PFI*, la introducción de la propiedad privada en sectores de propiedad estatal y la venta de activos y servicios públicos a los mercados” (H.M. Treasury U.K., 2000)<sup>26</sup>.

Más complejo es el caso de los Estados Unidos donde el término *PPP* abarca un amplio recorrido conceptual que incluye formas muy cercanas al *outsourcing* o *contracting-out* como formas tradicionales de contratación de servicios y obras, y en algunos ámbitos doctrinales se identifica incluso con éstos. La amplitud terminológica aplicada a los *PPP* explica la inclusión en su ámbito de formas que, por trasladar a manos privadas solamente la construcción de activos, la operación de servicios o la financiación, se acercan a la consideración tradicional de contratación de obras (*turnkey*) o servicios (*outsourcing* o *contracting-out*). Asimismo, se acogen en su concepto formas propias de privatización denominadas *divestiture* consistentes en la venta de activos públicos al sector privado (Savas, 2000:

---

<sup>26</sup> En la transcripción original: “*In the United Kingdom, the term PPP is used to describe PFI franchising arrangements, the introduction of private sector ownership into state-owned businesses and selling Government assets and services into wider markets*” (H.M. Treasury UK, 2000).

244-245). En su máxima expresión, por tanto, el concepto de *PPP* abarca desde de estas formas primigenias de participación privada en la gestión de lo público hasta los esquemas de privatización propia.

Caso distinto son los países de la Europa continental y América Latina, con tradición jurídica romanista y Derecho público codificado, en los que la concesión, como forma tradicional de participación privada en el desarrollo de infraestructuras y servicios públicos, no ha experimentado el proceso de evolución al que hemos hecho referencia.

En estos países, como es el caso de España, la concesión se sigue concibiendo en su modalidad clásica, como contrato que habilita la construcción, financiación y explotación de obras públicas por empresas privadas pero sin que exista componente alguno de colaboración más allá de la que preside la relación a largo plazo. Por ello podemos afirmar que, de acuerdo a la experiencia anglosajona, la concesión es una forma de colaboración público-privada, muy habitual, pero no la única y, asimismo, hablamos de una forma evolucionada o cualificada de concesión que incorpora una perspectiva colaborativa que la convierte, no en un mero tipo contractual, sino en una forma de relación entre el sector público y el privado, incluyendo dentro de éste no solamente las empresas sino también la sociedad civil.

## **II. LOS FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LA COLABORACIÓN.**

### **1. LA TEORÍA DE LA COLABORACIÓN.**

Existen diversas teorías acerca del desarrollo de la colaboración que pueden ayudar en su análisis conceptual y que explican las distintas posturas de los sujetos participantes que, a través de la incorporación al proceso público de decisión de sus propios objetivos e intereses en ocasiones divergentes, fraguan la esencia misma de la acción colaborativa. La motivación de la colaboración viene sustentada desde las primeras aportaciones sobre “la cooperación forzosa” (*enforced cooperation*) hasta la

denominada "teoría del juego", si bien, combinadas también con otras perspectivas teóricas que pueden ser igualmente útiles en la exploración de los fundamentos de la colaboración (McQuaid, 2000: 25).

Así, la teoría del juego, la confianza y el altruismo (Fukuyama, 1995) se aplica para el estudio del desarrollo de los de la colaboración; el análisis de redes (John y Cole, 1995), las teorías sobre la burocracia, la teoría del contrato y las teorías sobre las alianzas estratégicas son necesarias para la planificación e implementación eficientes de esquemas de colaboración (McQuaid, 2000: 25), mientras que las teorías sobre gestión y la doctrina sobre estrategia se aplican a la puesta en marcha y desarrollo de proyectos de colaboración para el desarrollo local de acuerdo a la base teórica sobre régimen local (Bailey, Barker y McDonald, 1995).

Con carácter general, puede decirse que las principales razones para la colaboración son la amenaza de una autoridad, la coincidencia de objetivos o los intereses particulares (McQuaid, 2000: 26). Las iniciales posiciones filosóficas de Hobbes (1651) en el siglo XVII consagraron la idea de la práctica imposibilidad de cooperación humana sin la existencia de una autoridad externa fuerte que la impusiera y controlara. Tales postulados tuvieron su continuación en las teorías de Adam Smith o Darwin sobre la competencia entre los individuos y, sobre tal base teórica, se concibe la colaboración forzosa o inevitable, en tanto, que es únicamente a través de la coacción o control externo de una autoridad superior como puede producirse un acuerdo colaborativo entre individuos.

Posteriores dulcificaciones de la cooperación forzosa, como la propuesta del biólogo Ridley (1997), entendían que la mente humana, a pesar de estar diseñada inicialmente para el egoísmo, tenía la capacidad de ser social y cooperativa, y, por tanto, las instituciones debían obtener este instinto de cada individuo mediante el fomento de la interacción social y material entre los iguales.

Sobre esta base se consideraba necesaria la cooperación forzosa asumiendo que el resto de motivaciones para la cooperación son ineficaces por sí solas. Así, la existencia de objetivos o móviles comunes entre las partes puede resultar un incentivo extraordinario para consolidar la colaboración, si bien, en la práctica numerosos aspectos colaterales como las diferencias organizativas, las prioridades, el tiempo o la competición por los recursos pueden impedir que la cooperación fructifique. Por otro lado, la existencia de intereses particulares de cada sujeto, distintos entre sí, puede ser asimismo un incentivo para la colaboración cuando a través de ésta se alcancen aquellos de forma más eficiente. Sin embargo, la realidad muestra la dificultad de que tal incentivo se materialice por cuanto los sujetos pueden lograr su consecución de forma individual. En tal caso, es necesaria la presencia de la autoridad para incentivar externamente tal participación en orden a la consecución conjunta de intereses particulares y el bien común.

Si recurrimos a la teoría económica podemos explicar las implicaciones de las relaciones e interacciones entre sujetos a través de la compleja y extensa teoría del juego, si bien en este trabajo analizaremos únicamente una aproximación básica al denominado "Dilema del Prisionero" (*Prisoner's Dilemma*) acerca de los incentivos individuales para la cooperación<sup>27</sup>. Esta tesis fue utilizada, entre otros, por Axelrod (1990) para demostrar que para los individuos que persiguen sus propios intereses particulares los incentivos para la colaboración son mayores que para actuar de forma egoísta en muy diversas circunstancias, incluso cuando el resto de colaboradores tiene una posición hostil.

El citado Dilema se basa en la historia de dos cómplices que son arrestados después de cometer un crimen y sometidos a interrogatorio por separado. En tal circunstancia cada prisionero tienen dos opciones: colaborar con el otro preso o confesar. Si uno de ellos confiesa y el otro no lo hace entonces el primero obtendrá la libertad (máximo beneficio), pero el segundo

---

<sup>27</sup> Para más detalles sobre la teoría del juego puede consultarse a Weibull (1995).

será condenado a una pena muy severa (cero beneficio). Si los dos confiesan ambos obtendrán una condena razonable (beneficio bajo) y si ninguno de los dos confiesa ambos serán condenados a una pena benévola (beneficio medio).

La última de las opciones -ninguno confiesa- es la mejor para ambos presos en conjunto ya que maximizan su bienestar. Sin embargo, para cada preso individualmente la mejor opción es la primera –confesar- ya que obtendrá el máximo beneficio si su cómplice no confiesa y, por el contrario, si él no confiesa y su cómplice sí lo hace recibirá el mínimo beneficio. Pues bien, asumiendo que no existen otros condicionantes como la moral o el miedo a la venganza, se puede afirmar que ambos presos optarán por confesar y, consecuentemente, no obtendrán el máximo beneficio posible sino únicamente un beneficio bajo para su bienestar a resultas de la condena media. Estaríamos en el escenario normal de actuación individual y egoísta que impediría una posible colaboración.

Si el proceso se complica, por ejemplo si es probable que volvieran a ser detenidos, entonces las posibilidades de colaboración aumentan en tanto que ambos tendrán un mayor incentivo para no confesar teniendo en cuenta que en el futuro actuarían conociendo ya la conducta del otro preso en esta ocasión y, en tal sentido, orientarían su actuar en ese momento. La estrategia para ambos en busca del mayor beneficio estará, por tanto, condicionada por la conducta del otro. Si el juego se repitiese sucesivamente los sujetos actuarían recordando la conducta en anteriores encuentros y la existencia de colaboración sería cada vez más beneficiosa. Así, se configura la base teórica de la colaboración en base a la reciprocidad<sup>28</sup>.

La aplicación de esta teoría a aquellas situaciones en que no existe una posición de conflicto entre las partes lleva a la conclusión de que la mejor

---

<sup>28</sup> En base a la reciprocidad se alcanza el denominado “equilibrio de Nash”, en el cual los sujetos se conducen siempre de forma recíproca. El equilibrio consiste en que, conocida la conducta del otro sujeto, cada sujeto adoptará la conducta más beneficiosa (McQuaid; 2000: 27).

estrategia es iniciar las relaciones mediante cooperación y a continuación hacer lo mismo que la otra parte haya hecho en la primera ocasión (es la conducta denominada *"tit-for-tat"* o "toma y daca"). La estrategia más beneficiosa será colaborar siempre con otra parte que también sea colaborativa, pero si el otro sujeto no colabora, entonces la estrategia será dejar de colaborar hasta que lo haga y poder volver a conducirse cooperativamente (Axelrod, 1990). Así, la colaboración evoluciona cuando existen suficientes oportunidades para que las partes se encuentren y adapten su conducta futura de acuerdo al principio de reciprocidad y, de esta manera, puede consolidarse y sobrevivir ante conductas menos cooperativas.

Por otro lado, si existiera una autoridad que ejerciese control sobre ellos, por ejemplo la pertenencia a una banda organizada que castigase a aquellos que confesaran, la conducta colaborativa entre los prisioneros sería igualmente muy probable.

La teoría del juego puede ser aplicada tanto a individuos como a entidades u organizaciones y la doctrina ha hecho uso igualmente de ella para explicar el desarrollo de entidades colaborativas o *joint ventures* en tanto que sus relaciones a largo plazo pueden alcanzar la situación óptima a través de la aplicación del Dilema (Kay, 1993). Se considera que la creación de estas entidades se desarrolla a través de sucesivas fases o pasos secuenciales (*steps*) cuya finalidad es precisamente establecer contactos entre las partes para explorar la conducta o actitud del otro ofreciendo colaboración y esperando la subsiguiente respuesta. Si la conducta no es recíproca entonces la pérdida es mínima, más sí existe una actitud colaborativa en la otra parte se aumenta el ofrecimiento de cooperación de forma que la relación de colaboración va fortaleciéndose progresivamente en base a la reciprocidad y el aumento de la mutua confianza. Esta visión se nutrió igualmente de la literatura existente sobre alianzas estratégicas entre compañías (Drucker, 1992).

Estos planteamientos fueron desarrollados extensamente por la doctrina en las pasadas décadas, si bien, su aceptación no es en absoluto unánime y ha dado lugar a interpretaciones divergentes al respecto (Axelrod y Dion, 1998: 9; Zupan, 1990: 291-292). Así, los modelos conceptuales utilizados por la doctrina para el tratamiento de la colaboración han sido diversos; la teoría del juego ha significado el punto de partida para el análisis de las relaciones colaborativas en el marco de la literatura sobre a gobernanza pública (Kickert, 1997: 731-752; Klijn, Koppenham y Termeer, 1995: 437-454; Klijn y Teisman, 1997: 98-136), el concepto de organización (*self-organization*) igualmente ha servido de base para su estudio (Waldrop, 1994) y, quizá el modelo más extendido, la colaboración como proceso multi-fase (Murray, 1998: 1192-1196).

Esta última aproximación a la estructura y el proceso de colaboración público-privada propone un esquema relacional con presencia de las organizaciones no gubernamentales y voluntarias a lo largo de una serie de fases de negociación que conducen a la colaboración estable. Murray (1998) establece un modelo basado en cinco fases sucesivas -fase previa al contacto, fase de contacto preliminar, fase de negociación, fase de implementación y fase de evaluación- que, conducidas con éxito, consolidan un marco estable de colaboración. Ello dependiendo, en todo caso, del tipo de organizaciones que participen, el objetivo perseguido con la colaboración y el contexto en que ésta se desarrolle<sup>29</sup>.

## 2. EL PROCESO DE LA COLABORACIÓN.

Toda relación de colaboración puede explorarse a través de las distintas dimensiones o aspectos que conforman su naturaleza y que a su vez se subdividen en una pléyade de sub-aspectos particulares que van definiendo una compleja combinación de elementos heterogéneos formando un delicado

---

<sup>29</sup> Un detallado estudio práctico de este modelo en el contexto de un proyecto de colaboración del Gobierno Provincial de la British Columbia, en Canadá, con organizaciones voluntarias para el desarrollo de servicios sociales de atención a las familias y la infancia puede encontrarse en Osborne y Murray (2000: 70-83).



equilibrio estructural entre ellos que determinará su eficacia y eficiencia y la relación de poder entre los participantes en la relación. Esta complejidad inherente a cualquier esquema colaborativo se simplifica gracias a su articulación bien definida en tipologías claras y precisas que permitan su implementación en la práctica.

#### A. Los objetivos.

La primera dimensión importante que debemos analizar es la de los objetivos. El propósito para colaborar puede ser variado: obtener recursos extra, crear un proyecto u organización, aprovechar sinergias y recursos diferentes o transformar uno o más participantes en una organización. Esta última podría incluir la introducción en una organización una forma de actuación más acorde con los métodos empresariales propios del mercado libre a través de mecanismos que eliminaran sus limitaciones y permitieran una acción más eficiente o efectiva (Hastings, 1996: 253-268; Mackintosh, 1992: 210-224), y que identificaríamos con las tendencias privatizadoras a las que los *PPP* han contribuido decisivamente.

Estos objetivos pueden tener un origen exógeno o endógeno en función de su relación con los recursos existentes con carácter previo a la constitución del *partnership*, pudiendo considerarse puramente exógeno la atracción de recursos nuevos hacia la éste y, por el contrario, se calificará de endógeno la maximización de la eficiencia de los recursos ya existentes o el aprovechamiento de las sinergias entre ellos. En todo caso, la mayoría de los *partnerships* nacen como una combinación en distinto grado de ambos tipos de objetivos (McQuaid, 2000: 14).

Además de estos objetivos generales, las motivaciones implícitas en toda colaboración son también relevantes y pueden ser diferentes en cada uno de los participantes si bien no necesariamente deben ser excluyentes. En todo caso, los conflictos derivados de la colisión de objetivos dentro de un esquema de colaboración son frecuentes y, a fin de evitarlos, es esencial una

postura transparente por parte de los sujetos implicados acerca del motivo que les impulsa a participar y los objetivos que esperan obtener con la colaboración (McQuaid, 2000: 14).

Un aspecto importante a resaltar respecto de la finalidad de la colaboración es la posibilidad de resultar estratégica, esto es, contribuir a un objetivo general de una organización mediante un proyecto o programa específico que se encuadre en una acción, política o programa a largo plazo y de carácter global<sup>30</sup>. En este sentido, el abanico de criterios de delimitación de estos objetivos es prácticamente infinito, abarcando todo tipo de actividades o programas concretables en un área o periodo de tiempo así como actuaciones de carácter general o estratégico que incidan sobre circunscripciones competenciales o administrativas -ámbito local, regional o nacional-, sectores económicos o de población -transporte, sanidad, zonas rurales-, o políticas generales -regeneración y desarrollo urbanos, planes generales de desarrollo de infraestructuras- (McQuaid, 2000: 14)<sup>31</sup>.

Por último, el objetivo último y esencial de toda colaboración está la consolidación de una relación a largo plazo cimentada sobre la confianza mutua como base para la consecución de los objetivos particulares de cada parte. En algunos casos la colaboración se convierte en un objetivo en sí misma, esto es, las partes pueden llegar a renunciar a algunos de sus objetivos a corto plazo en beneficio del mantenimiento de la propia relación de colaboración contando con las expectativas que ésta supone de cara a un futuro a largo plazo. Igualmente con esta finalidad las partes pueden mantener la colaboración mutua a pesar de un cambio de circunstancias que altere o impida los objetivos inicialmente perseguidos con el ánimo de obtener de la colaboración otros frutos en el futuro. La consecución de una relación

---

<sup>30</sup> Estaríamos en el caso, por ejemplo, de un *partnership* que desarrolle un proyecto concreto de construcción de instalaciones de saneamiento y abastecimiento de agua urbana en una localidad, que se encuadra en un proyecto general de regeneración de todo el área rural a que dicha población pertenece.

<sup>31</sup> Por ejemplo, The Scottish Office (1993) se ha referido a un amplio rango de objetivos económicos y no económicos para establecer esquemas de colaboración.

colaborativa o su mantenimiento se convierten así en el propio objetivo de la colaboración.

## **B. Los beneficios de la colaboración.**

Sobre los beneficios intrínsecos a una relación de colaboración, y su posible concepción como objetivo en sí misma, la doctrina ha elaborado el concepto de la “ventaja colaborativa” (Huxhan y Vangen, 2000: 293-310) que se refiere a las ventajas que los miembros de una organización pueden obtener cuando entablen una relación de colaboración con otra organización y que únicamente tienen lugar cuando lo que se puede conseguir no se podría conseguir sin la colaboración (Huxhan y MacDonald, 1992; Huxhan, 1996). A este respecto McQuaid (2000: 19-21) nos recuerda como posibles beneficios de un esquema *PPP* la obtención de recursos, la eficiencia, la legitimidad y evitar conflictos.

La colaboración no solamente puede contribuir a potenciar los recursos ya existentes en las diferentes organizaciones participantes (Harding, 1990), sino que puede aportar diferentes tipos de recursos que no poseían éstas como la información, experiencia, capacidad financiera, disponibilidad de terreno, nuevas perspectivas o alternativas sobre un sector o proyecto y contactos con representantes de las comunidades, sector privado o público. En el ámbito de los *PPP* que desarrollen bienes y servicios o la capacidad económica de un área determinada la colaboración permite a sus participantes obtener los beneficios de las economías de escala -en términos financieros, marketing, administración o producción- pero con las ventajas propias de las organizaciones más reducidas y evitando las deseconomías de escala, estas son, los costes de transacción y la pérdida de control sobre la propia organización (McQuaid, 2000: 19-21).

La cuestión de la eficiencia y la eficacia es ciertamente capital y ha sido una de las razones habitualmente esgrimidas como justificación de los *PPP*, si bien, en muchas ocasiones identificándola únicamente con la eficiencia en el

coste de un programa, proyecto o actividad. En un sentido amplio, como señala Webb (1991: 229-241), los *partnerships* pueden incrementar sustancialmente la eficiencia y efectividad de una organización, especialmente a través de la mejora de la coordinación entre (y en) las organizaciones. Ello puede alcanzarse, por ejemplo, mediante el papel que una estructura colaborativa puede desempeñar como referencia para la comunidad en orden a la identificación de las instancias adecuadas en cada uno de los sectores para canalizar sus necesidades, esto es, actuando como “paraguas” de los individuos y grupos sociales Webb (1991: 229-241).

Asimismo, muchas iniciativas colaborativas fomentan la participación de personas y colectivos representativos de la comunidad<sup>32</sup>, facilitando así una mejor respuesta a las necesidades de los usuarios e impulsando una consecuente mejora de la percepción social de las organizaciones que participan (Kotler, Haider y Rein, 1993).

Por último, los *PPP* pueden contribuir a una mayor eficiencia y efectividad, especialmente a largo plazo, a través de la creación de un escenario de estabilidad y confianza para las partes, las economías locales y los potenciales inversores, resultando un mecanismo útil para el desarrollo local y el crecimiento económico de las comunidades (McQuaid, 2000: 21).

Resulta igualmente de colosal importancia en el análisis de los potenciales beneficios de la colaboración la perspectiva de la legitimidad. Los *PPP* otorgan una gran legitimidad a cualesquiera políticas públicas que se desarrollen por medio de ellos gracias a potencial participación directa de todos los grupos y estamentos sociales de relevancia en un área o sector determinados y, muy particularmente, la presencia decisiva de personas y grupos representativos de las comunidades locales. Así, la toma de decisiones adquiere una dimensión de legitimación por la intervención de

---

<sup>32</sup> La participación cooperativa incrementa la eficiencia y efectividad de las organizaciones al eliminar los estereotipos entre unos participantes y otros gracias a la confianza mutua y el trabajo coordinado y conjunto, permitiendo así unos parámetros de actuación en los distintos sujetos más eficaces.

todos los intereses afectados sin la intermediación de los representantes electos o los funcionarios públicos con responsabilidades en el ámbito de actuación, que contribuye decisivamente a su positiva percepción por la sociedad<sup>33</sup>.

### C. Obstáculos para la colaboración.

La consecución de la ventaja colaborativa, aún deseable para afianzar la fortaleza de una relación de índole cooperativa, presenta no pocas dificultades para hacerse realidad. La práctica de los PPP muestra con frecuencia ejemplos de proyectos cuyos logros o éxitos han tenido lugar *a pesar* de la colaboración en lugar de *gracias* a ella; este fenómeno se denomina como “inercia colaborativa” (Huxham 1996 (b)). Ello consiste en una serie de fuerzas o inercias que actúan como barreras para un desarrollo fluido de las capacidades de la colaboración llegando, en ocasiones, a significar auténticos impedimentos para su éxito con independencia de la viabilidad del propio objeto de la colaboración o la decidida predisposición de las partes a su consecución.

Entre estas potenciales barreras para la colaboración, que pueden variar en función de la forma del esquema colaborativo y las circunstancias reinantes, McQuaid (1994) distingue la opacidad de los objetivos, los costes por la obtención de recursos, desequilibrios de poder, usurpación o captura de protagonismo, impacto en otros servicios o actividades esenciales, diferencias en la filosofía de actuación y problemas organizativos (Hastings,

---

<sup>33</sup> Esta dimensión de legitimación contribuye a desactivar gran parte de las críticas vertidas en la arena política contra los PPP por los detractores de los procesos de privatización, en general, y los esquemas de colaboración con el sector privado, en particular, sobre la base de que tales fórmulas únicamente responden a la despublificación de los servicios públicos en beneficio de las grandes firmas empresariales y el mercado en general mediante la entrega al sector privado de contratos suculentos bajo un único interés de lucro. A través de la participación directa de todos los potenciales intereses representativos de la sociedad civil se refuerza la legitimidad de la fórmula desde el punto de vista de la gobernanza y se alejan los fantasmas del pillaje y la rapiña de lo público por parte del sector privado. Sobre este aspecto esencial, que viene a transformar radicalmente las pautas tradicionales de gobernanza local planteando asimismo interesantes cuestiones acerca de las formas de participación y la democracia misma, abundaremos en el capítulo tercero.

1996: 253-268). Por su parte Jennings y Krane (1994: 341-348) destacan tres diferentes barreras potenciales en la coordinación de programas o proyectos entre agencias trabajando conjuntamente: 1) organizativas- que incluyen diferencias en los objetivos, orientaciones, procedimientos o estructura-, 2) técnicas o legales – relacionadas con el marco regulatorio o estatutario, capacidad tecnológica y praxis operativa- y 3) políticas –tanto el escenario político externo como la burocracia o política interna.

Distintas aproximaciones doctrinales han tratado esta cuestión que a la postre guarda una estrecha relación con los objetivos de los *PPP* y las razones y mecanismos que hacen que éstos puedan funcionar de forma eficiente. Así, existe numerosa doctrina que afronta la cuestión de la eficiencia de los *PPP* examinando un amplio abanico de factores que determinan el éxito de la relación (Doz, 1994; Gray, 1985; Long y Arnold, 1995; Lorange y Ross, 1993; Mattesich y Monsey, 1992; Pearce, 1997) o bien identificando las necesarias fases que debe seguir un proceso de colaboración (Das y Teng, 1997; Kanter, 1994; McCann, 1984). En último término se pretende explicar las diferentes fuerzas que empujan a una relación hacia la inercia colaborativa y cuales son los retos a los que aquella debe enfrentarse para la consecución de la deseada ventaja colaborativa (Huxham y Vangen, 2000: 295).

#### **D. El componente subjetivo de la colaboración.**

Otro elemento capital en el planteamiento de una relación de colaboración es el subjetivo, referido a las partes que intervienen en la misma así como la propia estructura de sus relaciones internas dentro del esquema colaborativo. Los sujetos participantes en un *PPP*, como se ha visto anteriormente en su propia definición, incluyen el sector público – administraciones o gobiernos central, regional y local, agencias, entidades, instituciones o cualesquiera organismos que ejerzan directa o indirectamente la autoridad pública sobre la población- las organizaciones voluntarias, sin ánimo de lucro o no gubernamentales, así como la comunidad local -grupos o individuos- y el sector privado. Asimismo, cada uno de estos sectores, a su

vez, puede contener una múltiple variedad de componentes dependiendo del ámbito y objeto en que se enmarque la actividad de colaboración (Ahlbrandt y Weaver, 1987; McQuaid, 2000: 15).

Tanto el sector público como el privado presentan un amplio rango de formas posibles sin que exista limitación alguna para que formen parte de una acción colaborativa. Como criterio delimitador, sin embargo, podemos acudir al ya mencionado criterio general aportado por Carroll y Steane (2000: 37) que define como integrantes del sector público a todas aquellas instituciones que ejercen una autoridad legítima sobre la población en una determinada área geográfica. Por su parte, el término sector privado se refiere a todas las instituciones u organizaciones distintas de las pertenecientes al sector público incluyendo principalmente el mercado y las organizaciones sin ánimo de lucro.

Por lo que respecta al sector privado la riqueza de formas es ciertamente amplia en tanto que puede incluir cualquier clase de organización con independencia de su forma jurídica, objeto social o recursos (Askew, 1991). Así, por un lado se engloba el concepto de *mercado* o *empresa* para definir cualesquiera firmas corporativas de carácter empresarial o comercial y, por otro, se incluyen otras organizaciones, tanto formales como redes informales de relación (*social networks*) (Castells, 1996), que actúan con finalidades sociales, representativas de sectores o colectividades, filantrópicas, u otras (McLaughlin y Osborne, 2000: 324)<sup>34</sup>.

La importancia que están adquiriendo estas organizaciones de carácter voluntario y social en el marco de la colaboración, especialmente a nivel local, han llevado a su consideración como un sector independiente -el tercer sector

---

<sup>34</sup> la colaboración con las organizaciones sin ánimo de lucro -*Government Non-Profit Partnerships* (GNPs)- que se refiere a las relaciones de interacción entre el Estado y las organizaciones voluntarias y comunitarias -*Voluntary and Community Organizations* (VCOs) y que ha llegado incluso a considerarse una modalidad específica dentro de la colaboración dada su relevancia, especialmente en el ámbito local (McLaughlin y Osborne, 2000: 324). Gracias a este fenómeno los GNPs representan el mecanismo formal para la participación de los ciudadanos en el proceso político intensificando la calidad en la toma de decisiones y, de forma creciente, se generaliza en países de todo el mundo la exploración por los Gobiernos de nuevas formas de colaboración con las VCOs

(Ross y Osborne, 1999: 49-61; Salamon, 1996; Moulton y Anheier, 2000: 105-120)- que agrupe todos los intereses representativos de la sociedad civil, comunidades o individuos y complete el escenario de organización social y el modelo institucional de un país comprensivo de sus tres componentes esenciales: Estado, Economía y Sociedad (Cruz Ferrer, 2008). A ellas dedicaremos especial atención en el capítulo tercero.

#### **E. La estructura de la colaboración.**

A este respecto resulta esencial la estructura formal de la relación colaborativa, es decir, la arquitectura relacional en la que se determinen los mecanismos que guían las interrelaciones entre los sujetos participantes en la misma y en lo *PPP* caben desde las fórmulas con una mayor vinculación y compromiso entre las partes hasta esquemas totalmente flexibles pasando por cualquier estructura de acuerdo que pueda imaginarse. La estructura más rígida de colaboración suele ser un contrato legalmente regulado y que se aplica normalmente a aquellos acuerdos cuyo objeto incluye algún tipo de transacción comercial directa. En estos casos el *PPP* se desarrolla con arreglo a unas bases legalmente establecidas en las que se enmarcan los contratos o acuerdos específicos entre las partes para el establecimiento de las obligaciones y derechos de cada una así como los *inputs* o acciones que formarán el objeto de la colaboración (McQuaid, 2000: 15).

Esta fórmula, extensamente utilizada en el caso de las infraestructuras a través del contrato de concesión como hemos visto anteriormente, busca principalmente la seguridad jurídica entre las partes mediante la especificación detallada de las condiciones que van a presidir el acuerdo entre ellas y la previsión de las posibles contingencias y eventualidades que pudieran afectar a la relación, en un intento de mitigar las debilidades propias de su carácter incompleto. Esta ausencia de flexibilidad, sin embargo, no está exenta de riesgos en lo que se ha venido a denominar en Estados Unidos “la cultura del contrato” que puede desembocar en prácticas burocráticas de acumulación de documentos y procedimientos largos y costosos (Gutch,



1992). Ello conduce además “a reducir la colaboración voluntaria ya que cada organización busca protegerse de las consecuencias legales de un incumplimiento de los términos del contrato incluso aunque la situación haya cambiado y pudiera llevarse a cabo una actuación distinta y más apropiada (Gutch, 1992)”.

Así, la excesiva rigidez de los contratos puede poner en jaque la esencia misma de la colaboración y atentar contra la posibilidad de que la relación colaborativa de confianza mutua se erija en objetivo en sí misma desde el momento en que las partes ponen el énfasis de su interacción únicamente en el establecimiento exhaustivo de todo tipo de garantías y cláusulas profiláticas contra la eventual quiebra del contrato mismo<sup>35</sup>.

En todo caso la articulación de una relación contractual puede verse igualmente como contributiva a una mayor confianza entre las partes en tanto que la existencia de unas términos prefijados para la conducción de la relación crean una sólida certeza sobre las condiciones en que ésta va a desarrollarse mitigando los posibles riesgos y reforzando el compromiso entre las partes. La cuestión queda así planteada y su solución dependerá en gran medida de la praxis particular que se analice<sup>36</sup>.

Junto a las estructuras más rígidas de colaboración existen, a su vez, otro tipo de relaciones informales entre organizaciones, habitualmente

---

<sup>35</sup> En lugar de ser un vehículo para conducir y articular una relación de colaboración el contrato se convierte en el objeto mismo de la relación y ello porque la persecución de un acuerdo escrito previo que elimine todas las posibles eventualidades, denominadas *externalidades ex post*, de una relación incompleta y la cobertura de sus consecuencias, además de complicar el proceso y elevar los costes de transacción, circunscribe el devenir de la relación en el mero cumplimiento de los términos del contrato sin margen a la flexibilidad propia de toda cooperación.

<sup>36</sup> Como se verá en la segunda parte de este trabajo, el carácter incompleto de las relaciones a largo plazo es el mayor inconveniente en el planteamiento de una regulación de tipo contractual. La teoría de los contratos incompletos en el ámbito específico de las infraestructuras fue desarrollada por Klein, Crawford y Alchian (1978: 297-326) que impulsaron la idea de que el carácter incompleto de estas relaciones impide la redacción de contratos a largo plazo que eviten las ineficiencias provocadas por las inversiones específicas, abocando la relación entre proveedor privado y sector público a continuas negociaciones y revisiones que disparan los costes de transacción y hacen ineficiente el esquema prestacional.

llevadas a cabo a modo de redes de contacto (*informal networks*) entre personas pertenecientes a tales organizaciones, para la consecución de proyectos de forma conjunta. Así, las relaciones informales entre participantes en un *partnership* suele ser frecuente en el ámbito local y respecto de las organizaciones de carácter voluntario como mecanismo ágil de relación con los sectores público o privado a través de contactos políticos o miembros de redes sociales (Perrucci y Pilisku, 1970: 1040-1056).

Si bien la doctrina ha destacado la importancia de estas redes informales de colaboración como mecanismos de preparación y planificación de acuerdos más complejos de colaboración, así como para la facilitación de canales y vías de encuentro y solución durante la operación de tales esquemas, no parecen tener entidad suficiente por sí mismas para constituirse en estructuras de *PPP* (McQuaid, 2000: 16). Más bien se refieren a las formas internas de relación entre las partes, fundamentalmente rondas de reuniones y transmisión de información, que sirven para edificar las sucesivas fases en que un *PPP* se va desarrollando.

Igualmente interesante en cuanto a la estructura relacional de los *PPP* resulta el concepto de "proceso de movilización" (Bailey, 1994: 292-306) consistente en la creación de esquemas de colaboración mediante un desarrollo de "arriba a abajo" (*top-down development*) o de "abajo a arriba" (*bottom-up development*). El primero sería el característico esquema de colaboración iniciado a instancias de una autoridad gubernamental y proyectado después hacia niveles inferiores de decisión. El segundo, por el contrario, busca un desarrollo y control más autónomo de forma que se genera en un ámbito localizado de decisión y, a través de los recursos y participación de las comunidades locales, establece estrategias propias que no dependan del exterior (Friedman y Weaver, 1979). En todo caso, la

tipología de estructuras relacionales no se agota en lo anterior pudiendo reconocerse en la doctrina otras muy diversas formas<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> A este respecto puede verse a Bailey (1994: 292-306).

## CAPÍTULO SEGUNDO.- LOS ANTECEDENTES DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA: UNA PERSPECTIVA HISTÓRICA

### I. LOS ORÍGENES.

#### 1. LOS ESQUEMAS CONCESIONALES HASTA EL SIGLO XIX.

La colaboración privada en la construcción y explotación de infraestructuras públicas no es en absoluto una fórmula nueva. La actuación de empresarios en nombre de los poderes públicos para la ejecución de obras y servicios hunde sus raíces en la historia antigua y perdura a lo largo de los siglos mediante formas incipientes de participación privada en la gestión de lo público. Ya durante el Imperio Romano la construcción de puentes, el abastecimiento del agua o la recaudación de impuestos se llevaron a cabo a través de contratistas privados y en la Edad Media pueden situarse los antecedentes de la concesión (Scullard, 1963; Bezançon, 1995).

Tras su utilización por las potencias europeas en el desarrollo colonialista de los siglos XVII y XVIII, los esquemas concesionales se extenderán durante el siglo XIX en la Europa Continental y Gran Bretaña, así como en numerosos países de América Latina, para la provisión de infraestructuras de transporte como ferrocarriles, carreteras y túneles, así como infraestructuras necesarias para determinados servicios urbanos como el agua, la electricidad o el gas, en especial aquellos en que los proveedores habitualmente eran compensados, total o parcialmente, mediante cánones pagados por los usuarios.

Así, por ejemplo, las primeras compañías eléctricas aparecieron en los Estados Unidos y Canadá en 1880 (Carson, 1946: 319-345) y a partir de 1890

se extendieron a la mayoría de países de Latinoamérica<sup>38</sup>, donde compañías privadas locales fueron responsables del desarrollo de la mayoría de los servicios eléctricos en Brasil, Chile, Costa Rica y México (Cavers y Nelson, 1959). Asimismo encontramos referencias acerca del desarrollo de las primeras redes de ferrocarril en Brasil, Uruguay, Argentina y México a través de compañías privadas inglesas, francesas o estadounidenses (Kerf, Gray, Irwin, Levesque y Taylor, 1998: 11).

Ejemplos como los de Gran Bretaña o Francia ilustran ya distintas alternativas en la provisión de las infraestructuras durante el siglo XIX y la primera mitad del XX, poniendo de manifiesto un predominio de facultades competenciales en manos de los municipios y autoridades locales en materia de abastecimiento de agua, energía eléctrica o redes de saneamiento, más acusado en Francia debido a su estructura administrativa descentralizada, con presencia, sin embargo, de numerosas atribuciones concesionales a compañías privadas<sup>39</sup>.

En España, la institución concesional para la ejecución de obras públicas ha estado siempre presente, en mayor o menor medida, desde sus más remotos antecedentes en el Derecho Romano representados por la construcción de obras públicas (*opus publicum*) (Castán Pérez, 1996: 46 y 117) a través de personas físicas o sociedades concesionarias (*societates publicanorum*) (Fernández de Buján, 1996: 16).

Durante la Edad Media se consolida la práctica de la cesión de los privilegios reales (*privilegia principis*), también llamada *daciones regalísticas* o

---

<sup>38</sup> Una extensa referencia doctrinal sobre el desarrollo del sector eléctrico en Latinoamérica y la participación en el mismo de compañías privadas canadienses y estadounidenses puede encontrarse en Gómez-Ibáñez (2003:109-159).

<sup>39</sup> Como señala Lorrain (1992: 84) "en Francia, las obras para el abastecimiento de agua y otras infraestructuras municipales fueron tanto concesionadas a proveedores privados de servicios como objeto de propiedad y explotación por los gobiernos locales. Con el tiempo, sin embargo, este doble patrón experimentó rápidamente numerosas modificaciones, que tendían a atenuar sus diferencias (...). Otros tipos de contratos fueron desarrollados al mismo tiempo. Su rasgo común era la combinación entre gestión privada y financiación pública, con la transmisión de la propiedad al sector público de las más costosas instalaciones como las plantas de tratamiento de agua o residuos y las infraestructuras de saneamiento".

*regalías*<sup>40</sup> sobre funciones públicas relacionadas con el patrimonio real – minas, caminos, puentes, aguas, etc...- para la obtención de rentas por la Corona a través de la figura del contrato de censo enfiteútico, que permite dividir la titularidad del dominio directo, que pertenece al Rey, y el dominio útil que se concede a los particulares que quedan obligados al abono de un *canon censual*/por tal reconocimiento<sup>41</sup>.

No será hasta bien entrado el siglo XVIII y principios del XIX cuando se consolide una verdadera política de obras públicas y, para evitar el elevado coste para el erario público, la adquisición de privilegios o regalías por compañías privadas para construir por su cuenta alguna obra (Del Campillo y Cossío, 1993: 116) pudiendo situarse la aparición de los primeros aspectos nucleares que han de caracterizar la futura concesión de obra pública, si bien su regulación deberá esperar aún unos años<sup>42</sup>.

Es con la Instrucción para Promover y Ejecutar las Obras Públicas de 10 de octubre de 1845 cuando podemos hablar de la primera regulación general de la concesión de obra pública y su configuración jurídica esencial. De acuerdo al espíritu liberal de la época, la norma expone su preferencia por el sistema “de contrata”, que hoy conocemos como contrato de obras públicas, cuando haya fondos suficientes y, en caso contrario, se decanta por la ejecución directa por el Estado como modalidad más económica (ejecución “por administración”)<sup>43</sup>. No obstante, para el caso de obras que por su

---

<sup>40</sup> Las *regalías* o *iura regalia* se inspira en la técnica ya utilizada en el Derecho Romano de separación entre el dominio y el disfrute respecto de la *res publicae* y el *ager publicus* personificando ahora la titularidad en la persona del Rey (Parejo Alfonso, 1983: 2388).

<sup>41</sup> La concesión tiene su origen en las *regalías menores*, llamadas así, por afectar a funciones públicas delegables en contraposición a las *regalías mayores* que afectaban a potestades soberanas indelegables como la acuñación de moneda, dictar leyes o resolver conflictos. Véase García de Enterría (1955: 94).

<sup>42</sup> Ejemplos de ello son las primeras propuestas para establecer concesiones a compañías holandesas de navegación para la construcción y aprovechamiento de canales de navegación, la concesión de la construcción del muelle de la ciudad de Santander en 1825 o la del Canal de Castilla en 1831 que incluía su explotación como retribución a la empresa “Canal de Castilla”. Sobre esta última concesión puede verse a Sosa Wagner (2000: 444).

<sup>43</sup> Los distintos sistemas de ejecución de las obras públicas se recogen en el artículo 5 de la Instrucción de 10 de octubre de 1845.

importancia y extensión exigieran la aplicación de sumas considerables a las que la Administración no pudiese hacer frente el sistema previsto en la Instrucción es el de ejecución “por empresa”, esto es, el sistema concesional como medio de convertir el interés particular en beneficio público (Colmeiro, 1850: 34).

Tras un periodo de exacerbación de los postulados liberales durante la Revolución de 1868 en el que se produjo la práctica desaparición de la intervención del Estado en la ejecución de las obras públicas (Gómez Ferrer-Morant, 2004: 614 y 615), con el restablecimiento de la monarquía con Alfonso XII se restaura el régimen general de las obras públicas y se establece la regulación unitaria de la concesión de obra pública a través de la Ley de Obras Públicas de 13 de abril de 1877<sup>44</sup> y su desarrollo en la esfera sectorial a través de la Ley de Carreteras de 4 de mayo de 1877, Ley de Ferrocarriles de 23 de noviembre de 1877, Ley de Aguas de 13 de junio de 1879 y Ley de Puertos de 7 de mayo de 1880. Ello articuló el marco legal primigenio para el futuro desenvolvimiento de la concesión de obra pública a lo largo del siglo XX y definió, mediante la regulación sectorial, aquellos sectores infraestructurales en los que tal desarrollo cobraría inicial importancia.

## 2. LA INICIATIVA PRIVADA EN LOS ESTADOS UNIDOS: LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

Es en Estados Unidos donde encontramos los antecedentes de lo que venimos conociendo actualmente como colaboración público-privada, y ello debido a unas condiciones histórico-políticas que han perfilado la peculiar relevancia del sector privado en la esfera pública. Y es que, aunque los principios y prácticas en la implementación de la colaboración público-privada son muy similares en todo el mundo, los Estados Unidos tienen una historia y cultura peculiares en el desarrollo de las relaciones entre los sectores público

---

<sup>44</sup> La Ley de Obras Públicas de 13 de abril de 1877 derogó el Decreto-ley de 1868 y, con ello, restauró la publicación de la obra pública.

y privado para la provisión de servicios públicos en infraestructuras (Seader, 2002: 1).

Desde la era colonial hasta la actualidad, el sector privado estadounidense ha tenido siempre un papel activo y, en ocasiones preponderante, en la construcción de lo que hoy consideramos como bienes y servicios públicos (Seader, 2002: 1). Razones de diversa naturaleza han influido de forma relevante en los procesos de decisión respecto a la construcción de infraestructuras y al estatus de propiedad y regulatorio que le fuera aplicable, tal y como señala la doctrina. Detengámonos brevemente en su análisis.

En primer lugar, la creencia extendida de que las redes de infraestructuras y los sistemas públicos contribuyen al crecimiento económico y su construcción debe llevarse a cabo maximizando el crecimiento económico general y las oportunidades económicas individuales. Al mismo tiempo, y al contrario de las tendencias ideológicas imperantes en Europa, el temor a que las políticas públicas de provisión de infraestructuras conlleven una irresponsable acumulación de poder político y económico determinará la confianza en el sector privado para su gestión, en el reconocimiento de su mayor consistencia con la iniciativa individual y su acción mitigadora de los excesos políticos (Jacobson y Tarr, 1995: 4).

Por último, el contexto político en Estados Unidos, con un complejo sistema federal caracterizado por la existencia de diferentes autoridades y centros de decisión independientes a nivel federal, estatal y local en la elaboración de las políticas públicas referentes al desarrollo de infraestructuras, así como diversas instancias judiciales, ha facilitado la presencia del sector privado en la gestión de lo público (Jacobson y Tarr, 1995: 5). Y ello porque la competencia entre las jurisdicciones locales y estatales por el desarrollo de infraestructuras generó políticas de promoción y subsidiación de la construcción, reduciéndose los costes para las firmas privadas interesadas. Además, el sector privado explotó adecuadamente las



diferencias entre las distintas jurisdicciones federal, estatal y local, y el recurso a instancias judiciales para obtener la adecuada protección contra decisiones públicas desfavorables (Scheiber, 1975).

Todo ello determinó que compañías privadas y asociaciones de diversa naturaleza hayan ejercido la propiedad de carreteras y áreas residenciales, así como el abastecimiento del agua, la recolección de basuras y residuos sólidos y el transporte urbano a través de una amplia gama de concesiones, contratos o acuerdos regulatorios, implantándose únicamente la gestión directamente pública o mixta en aquellos casos en que la provisión privada era inadecuada o impracticable<sup>45</sup>.

No obstante el amplio espectro de sectores en los que florecieron las incipientes propuestas privadas de participación en el desarrollo de infraestructuras, un detallado análisis de la evolución de las formas de provisión en Estados Unidos desde el siglo XIX hasta la actualidad arroja pruebas claras sobre la importancia de los servicios públicos locales como escenario inicial de dicho proceso. En particular, la construcción de carreteras y urbanizaciones, el transporte urbano, la construcción de redes de abastecimiento y distribución de agua, los sistemas de saneamiento y tratamiento de aguas residuales, la recolección y eliminación de basuras y residuos sólidos, y los sectores eléctrico y de telefonía constituyeron el terreno primigenio de gestación para las futuras fórmulas de colaboración privada.

Las concesiones municipales experimentaron tres etapas de desarrollo bien diferenciadas: la fase inicial, coincidente con primera mitad del siglo XIX, se caracterizó por un gran impulso en su implementación y su generalización en la práctica totalidad de los sectores, en un contexto de gran innovación tecnológica y avance científico. Hacia finales de siglo la tendencia fue

---

<sup>45</sup> Como ejemplo de ello Seader (2002: 1) nos recuerda que la gran expansión del oeste de Estados Unidos a finales del siglo XIX tuvo lugar gracias a la colaboración entre compañías privadas de ferrocarril y el Estado Federal para el desarrollo de la línea férrea, y otros muchos ejemplos –en educación, asistencia social, transporte y otros– de lo que hoy podemos considerar como el ámbito público se iniciaron bajo auspicios privados, no gubernamentales o de colaboración entre los sectores público y privado.

cambiando hacía una mayor control y discrecionalidad de las autoridades públicas ante la obsolescencia de algunos contratos de concesión dada las nuevas tecnologías imperantes. En esta segunda etapa se sentaron los cimientos de la regulación que imperaría a lo largo de la primera mitad del siglo XX, con un rol dominante de los municipios y el Estado sobre las condiciones de servicio y las tarifas a través de diferentes comisiones reguladoras públicas (Gómez-Ibáñez, 2003: 158). Tras la práctica desaparición de las concesiones municipales a mediados del siglo XX, se produjo una última fase de resurgimiento de las concesiones privadas a partir de 1970<sup>46</sup>.

La exploración de esas manifestaciones originales del movimiento privatizador nos ofrece ya una primera aproximación a las causas que lo fundamentan, todo ello desde la praxis de desarrollo de las distintas infraestructuras locales en Estados Unidos.

#### A. Carreteras y vías públicas.

Las carreteras y vías públicas son probablemente los más antiguos ejemplos de infraestructuras y su función como redes de distribución y comunicación de personas y mercancías entre los principales núcleos de población sigue siendo hoy día de vital importancia. Si bien la multiplicidad de alternativas en los esquemas utilizados para articular su propiedad y financiación a lo largo del tiempo dificulta extremadamente la extracción de un patrón único, sí es posible establecer unas pautas generales al respecto. Así, en las grandes ciudades la financiación de las vías públicas, tanto de propiedad pública como privada, descansaba principalmente en exacciones derivadas de la propiedad o en impuestos generales. Consecuentemente, excepto en el caso de los aparcamientos de vehículos, el uso de cánones a cargo de los usuarios era virtualmente inexistente (Jacobson y Tarr, 1995: 5).

---

<sup>46</sup> Esta evolución de la práctica concesional en el ámbito local se desarrolló de forma casi idéntica en otros países del entorno como Canadá (Gómez-Ibáñez, 2003: 157).

Por el contrario, en el caso de las carreteras interurbanas entre grandes núcleos de población el pago por los usuarios a través de los peajes ha sido común a lo largo del tiempo, si bien, las exacciones sobre la propiedad y los impuestos sobre carburantes y generales han sido cada vez más utilizados como fuente de financiación. En estas infraestructuras el apogeo de los proyectos desarrollados con propiedad y financiación privadas tuvo lugar en las primeras décadas del siglo XIX y su articulación se llevó a cabo a través de compañías concesionarias (*turnpike companies*) autorizadas por el Estado para la construcción y mantenimiento de las vías. La heterogeneidad en el contenido de los acuerdos de concesión no impedía que, con carácter esencial, se incluyeran estándares básicos de construcción y mantenimiento así como el régimen tarifario que debía presidir la sostenibilidad financiera del esquema.

El efecto benefactor de estas infraestructuras sobre el desarrollo económico en áreas despobladas del Oeste del país fueron ciertamente muy relevantes en tanto que los beneficios de su implantación acrecieron, no solamente a los usuarios que las utilizaban, sino, muy especialmente, a los propietarios de los terrenos colindantes con las nuevas redes de comunicación. En ocasiones las compañías privadas recibían por parte del Estado concesiones de dominio sobre tales terrenos, de manera que los incrementos en su valor les permitían recuperar parte de las fuertes inversiones acometidas en los primeros años de construcción de la vía.

Debido, sin embargo, a la fuerte competencia que las compañías concesionarias debían afrontar, en particular respecto de los gobiernos locales y federales que disfrutaban de potestades tributarias para financiar sus infraestructuras, hacia 1860 la mayoría de las carreteras operadas en régimen concesional y financiadas a través de peajes se reconvirtieron en propiedad estatal bajo financiación pública (Bruchey, 1965: 124-140).

## B. Urbanizaciones.

Un peculiar modelo de desarrollo tuvo lugar respecto de la construcción y mantenimiento de los complejos residenciales o *real estate* en las ciudades estadounidenses. Inicialmente su acometida o mejora era afrontada por las corporaciones locales únicamente a solicitud de un número suficiente de propietarios y financiada con tasas especiales a su cargo o, en caso de insuficiencia de éstas, con impuestos generales.

A partir del siglo XIX el sector privado comenzó a involucrarse más directamente en estos desarrollos construyendo las urbanizaciones y recuperando la inversión mediante la venta de los terrenos susceptibles de construcción (Jacobson y Tarr, 1995: 6). Habitualmente la propiedad era transferida a los Ayuntamientos para su mantenimiento con cargo a los impuestos generales o tasas especiales sobre la propiedad, si bien, en ocasiones los promotores escrituraban directamente la venta a favor de asociaciones privadas de propietarios residentes con facultades para imponer dichas tasas especiales sobre sus miembros a efectos del mantenimiento y mejora de las infraestructuras (Weiss, 1987: 40-41). Así, ciudades como San Luis experimentaron un gran crecimiento en el número de áreas residenciales de propiedad privada y cuyo mantenimiento e infraestructuras básicas eran asumidas por los propios promotores o asociaciones de propietarios.

La filosofía subyacente en esta práctica cada vez más frecuente consistía en atender las necesidades crecientes de los residentes ante la carencia o insuficiencia de la respuesta pública municipal en el desarrollo de áreas residenciales dotadas adecuadamente. Subyacía la idea de que “la necesidad exige una fuerte confianza en la empresa privada para cubrir la falta” (Beito y Smith, 1992: 270-271)<sup>47</sup>. Con la finalidad última de su traspaso a la municipalidad los promotores construían las infraestructuras necesarias para la habitabilidad de un área, tales como las calles, el saneamiento o la

---

<sup>47</sup> “*Neccesity demands a heavy reliance on private enterprise to fill the gap*” en el original.

conducción de suministros, y edificaban las viviendas de los futuros residentes.

Este conjunto de utilidades conocido como *"tied-sales"* era ofrecido en venta a la corporación local o, frecuentemente, a una asociación de propietarios residentes. Estas asociaciones consideradas generalmente como privadas gozaban de muy similares facultades fiscales a las de las municipalidades, imponiendo tasas o exacciones a los propietarios para sufragar los costes de mantenimiento y mejora del área residencial, y su funcionamiento era igualmente paralelo al de cualquier corporación pública. La praxis creciente de desarrollo en ciudades estadounidenses basada en la propiedad de las infraestructuras residenciales arrojaba, por tanto, un escenario complejo de convivencia entre titularidad pública y privada de las infraestructuras, así como, una delgada frontera entre la actuación de unas entidades y otras que dificultaban enormemente la clara delimitación entre lo público y lo privado (Jacobson y Tarr, 1995: 7).

La evolución de este modelo llevó al desarrollo a gran escala de los promotores de áreas residenciales asumiendo el papel de auténticos constructores de comunidades (*"community builders"*) formando asociaciones de promotores para construir y desarrollar áreas comunes para residentes mediante la implantación de las infraestructuras y servicios necesarios de propiedad privada. Así, a partir de 1920 se produjo la transformación de los promotores locales de *real estate* en proveedores a gran escala de barrios residenciales y comunidades de carácter integral mediante la construcción de viviendas, escuelas, parques, centros comerciales y demás servicios necesarios para los residentes. En palabras de Weiss y Watts (1989: 2) los promotores privados asumieron así "la función de planificadores de las ciudades y pueblos de América" proporcionando "la iniciativa privada como paso previo a la acción pública".

Este proceso de planificación, construcción y provisión privadas de infraestructuras residenciales se completó con su transferencia a manos

públicas mediante su venta a la municipalidad para que asumiera el mantenimiento y mejora con cargo a las exacciones a los propietarios o los impuestos generales. Frecuentemente, sin embargo, las infraestructuras permanecieron de propiedad privada y su mantenimiento fue asumido directamente por las asociaciones de propietarios en clara sustitución de las funciones propiamente públicas.

### C. Transporte público.

El transporte ha sido uno de los sectores con mayor alternancia en la provisión pública o privada, tanto en lo referente a la propiedad de las infraestructuras como a la operación de los servicios, si bien, la presencia pública ha sido tradicionalmente intensa en el desarrollo del transporte en Estados Unidos y ya desde el primer tercio del siglo XIX los gobiernos protagonizaron un decidido esfuerzo inversor en la construcción de puentes, canales y líneas de ferrocarril<sup>48</sup>.

Tras la depresión económica de mediados de siglo la construcción y operación de las líneas de transporte, especialmente en áreas urbanas, pasó mayoritariamente a ser asumida por el sector privado, iniciándose una tendencia que se mantendría hasta la segunda posguerra mundial. Así, entre 1850 y 1900 compañías privadas construyeron miles de kilómetros de líneas de transporte en pequeñas y grandes ciudades bajo diversas fórmulas de concesión municipal permitiendo transformar el servicio público desde las primitivas líneas de coches de caballos hasta los tranvías eléctricos. Bajo la expectativa de recuperación de la inversión a través de tarifas y de las plusvalías de los terrenos afectados directamente por el emplazamiento de las nuevas vías de comunicación las compañías desarrollaron potentes inversiones de capital (Jacobson y Tarr, 1995: 9).

---

<sup>48</sup> Aunque pueden documentarse ejemplos de participación privada en la construcción u operación de infraestructuras de transporte, los elevados beneficios sociales de los proyectos, su positivo impacto sobre el empleo y la escasa confianza en las capacidades privadas para su adecuado desarrollo impulsaron al sector público a asumir el control sobre la mayoría de las redes de transporte y su operación, alcanzando su apogeo entre 1820 y 1830.

La creciente evolución demográfica de las ciudades y la incapacidad de las existentes líneas de transporte para enjugar sus demandas de movilidad fueron imponiendo la necesidad de implementar medios más rápidos y ágiles de transporte para hacer frente a las exigencias del momento, especialmente a través de trenes más veloces en superficie y, sobre todo, subterráneos. Pero ante la masiva aportación de capital necesaria para afrontar estos proyectos las compañías privadas se mostraron reticentes a asumir en solitario los riesgos que se derivaban de semejante empresa lo que propició la implantación de modelos con mayor protagonismo público para el desarrollo de los grandes proyectos de transporte urbano en ciudades como Nueva York, Boston o Filadelfia<sup>49</sup>.

A través de comisiones públicas de transporte, con representación de los sectores público y privado, se acometieron importantes proyectos para la construcción de trenes de alta velocidad financiados y bajo propiedad del gobierno municipal, si bien, la construcción y gestión de las líneas se concedía a compañías privadas bajo la regulación superior de las comisiones.

Hacia 1920, sin embargo, la mayoría de las compañías operadoras de líneas de transporte atravesaban por serias dificultades financieras debido, entre otras razones, a la creciente competencia de los automóviles como medio popular de transporte urbano, así como a los problemas derivados de las fallidas expectativas de recuperación de la inversión inicial a través de las plusvalías de los terrenos adyacentes. Para afrontar el escenario restrictivo de ingresos las compañías intentaron la consolidación de un monopolio de transporte.

#### **D. Agua, energía y comunicaciones.**

Desde mediados del siglo XIX el crecimiento urbano y la construcción de sistemas en red para el abastecimiento y distribución de agua han

---

<sup>49</sup> El primer ejemplo de línea de tren subterráneo de propiedad y financiación municipales fue el metropolitano de Boston en 1897, seguido en 1904 y 1932 por el de Nueva York, si bien, en ambos casos las líneas fueron construidas y operadas por compañías privadas.

evolucionado de forma paralela (Jacobson y Tarr, 1995: 11)<sup>50</sup> y ello provocó que a finales de siglo las infraestructuras para el abastecimiento y distribución de suficiente agua potable a bajo coste se convirtiera en una necesidad esencial para la vida en las ciudades de Estados Unidos.

Inicialmente fueron predominantes los sistemas de propiedad y operación privadas de manera que hacia 1800 las compañías privadas gestionaban quince de las dieciséis infraestructuras de abastecimiento construidas para servir a las pocas ciudades existentes, especialmente, en las áreas rurales. A lo largo de los años siguientes numerosas comunidades, muchas de ellas de nuevo establecimiento, encomendaron la construcción y explotación de infraestructuras de abastecimiento de agua a compañías privadas mediante contratos de concesión, sin embargo, a medida que su población iba en aumento y su extensión alcanzaba el nivel de una gran ciudad la mayoría de ellas optó por su provisión directa por las autoridades municipales, salvo periodos concretos en que tal tendencia se vio alterada (Anderson, 1980: 104-106).

Paulatinamente, la proporción de infraestructuras cuya propiedad y explotación pertenecía a la Administración pública municipal se vio incrementada hasta que, a principios del siglo XX, prácticamente todas las ciudades estadounidenses con una población superior a 300.000 habitantes contaban con un sistema público de abastecimiento y distribución de agua (Jacobson y Tarr, 1995: 11)<sup>51</sup>. Entre 1800 y 1915 el porcentaje de sistemas

---

<sup>50</sup> Jacobson y Tarr (1995: 11) señalan como causas principales del rápido crecimiento de las infraestructuras urbanas para la conducción y distribución de agua en Estados Unidos al aumento exponencial de las personas que se trasladaron a vivir a los núcleos urbanos determinaron que los depósitos, cisternas y otras fuentes de abastecimiento se demostraran vulnerables a la contaminación o simplemente limitados en su capacidad para asumir la creciente demanda. Asimismo, la popularización de nuevos usos domésticos del agua, así como su utilización como medio de extinción de incendios, incrementaron dicha demanda de forma importante.

<sup>51</sup> La tendencia de publicación de los sistemas de abastecimiento y distribución del agua en los Estados Unidos fue realmente vertiginosa: del 6% de sistemas públicos existentes en 1800 se pasó a un 53% en 1896. En ese mismo año sólo nueve de las quince grandes ciudades contaban con participación privada mientras que en 1900 únicamente una de las once



urbanos de abastecimiento de agua concesionados a compañías privadas pasó del 93,7% a únicamente el 31,4% (Baker, 1899: 16; Dewey, 1934: 634)<sup>52</sup>.

Diferentes patrones se han seguido en el caso de otros servicios municipales como las redes de saneamiento o la recogida de residuos sólidos urbanos. En el primer caso la participación privada no fue una estrategia común en las ciudades de Estados Unidos durante el siglo XIX mientras que en el caso de los servicios de recogida de residuos tanto la provisión municipal como la contratación con concesionarios privados tuvieron un creciente protagonismo a medida que se incrementaba el número de urbes demandantes de tal servicio (Jacobson y Tarr, 1995: 16)<sup>53</sup>.

Por lo que respecta a la provisión de energía eléctrica la presencia privada en la etapa inicial de desarrollo del servicio en las ciudades estadounidenses fue predominante y su tendencia similar a la seguida por el servicio de abastecimiento y distribución del agua, si bien, a diferencia de éste la financiación del servicio eléctrico correspondía a las tarifas abonadas por los propios usuarios. Así, en los años siguientes algunas de las grandes ciudades como Los Angeles, Cleveland o Seattle se fueron decantando por la provisión pública directa, si bien, en la mayoría de las urbes con más densidad de población el sector privado mantuvo su protagonismo en la prestación del servicio mientras que los municipios concentraban la iniciativa de provisión en las poblaciones más pequeñas y áreas rurales (Phillips, 1984: 583)<sup>54</sup>.

---

ciudades de más de 300.000 habitantes no contaba con un sistema de provisión pública del agua.

<sup>52</sup> Los datos han sido citados como fuente del cuadro: *Private ownership of water utilities in the United States, 1800-1900* en Gómez-Ibáñez (2003:160).

<sup>53</sup> Así, entre 1880 y 1899, por ejemplo, el número de ciudades que contrató el servicio de recogida de basuras se incrementó del 19% al 42%, mientras que la provisión municipal aumentó del 24% al 32%. Aún así, los acuerdos privados de provisión descendieron del 30% al 3% en el mismo periodo de tiempo (Melosi, 1981: 154).

<sup>54</sup> Debe tenerse en cuenta que de los 3.500 sistemas eléctricos independientes existentes en los Estados Unidos los 200 correspondientes a los núcleos más grandes concentraban el 90% de la generación total de fluido eléctrico proporcionado por la industria y representaba al 80%

En todo caso, la provisión privada del servicio eléctrico en las grandes ciudades estadounidenses se demostró ciertamente eficiente, superior incluso a la provisión del servicio del agua, debido en parte a un adecuado tratamiento contractual en el establecimiento de los sistemas de alumbrado público urbano que facilitó la fluidez de las relaciones entre las compañías privadas y las autoridades municipales concedentes (Jacobson, 1989: 54-55). Ello llevó a un desarrollo progresivo de la competencia mediante la atribución por las municipalidades de concesiones no exclusivas a diferentes compañías eléctricas para la gestión del sistema.

La complejidad del servicio eléctrico, sin embargo, condicionó decisivamente la actuación del sector privado en las siguientes décadas en tanto que debían prestar un servicio muy fiable a los usuarios con un coste lo más bajo posible en orden a la supervivencia en competición. Las dificultades técnicas que se interponían en dicho objetivo incentivaron un proceso intensivo de investigación durante la segunda mitad del siglo XIX y principios del XX para solucionar las limitaciones tecnológicas que afectaban a la generación, transmisión y distribución de la energía eléctrica de forma solvente y a bajo coste (Jacobson y Tarr, 1995: 19). Es a partir de las innovaciones introducidas por Westinghouse y TESLA entre 1880 y los primeros años del siglo XX respecto del sistema de generación de las plantas desarrolladas por Edison, cuando se consolidó el sustrato tecnológico necesario para la rápida expansión del sector eléctrico durante el siglo XX y la eliminación de las barreras a la existencia de distintas formas de competencia (Wittig, 1930: 82-92).

---

de los consumidores finales (Phillips, 1984: 583). Ello prueba la importancia de la participación privada en la provisión del servicio eléctrico, circunstancia que aún hoy se mantiene.

## II. EL DEBILITAMIENTO DEL PROCESO PRIVATIZADOR.

### 1. EL CONTEXTO SOCIOECONÓMICO EN ESTADOS UNIDOS TRAS LA GRAN DEPRESIÓN Y EL PERIODO DE POSGUERRA.

La tendencia de participación privada en la provisión de infraestructuras y servicios públicos se mantuvo durante los albores del siglo XX hasta la década de los treinta, en que las consecuencias económicas de la Gran Depresión de 1929 obligaron a un significativo cambio en las políticas públicas. La profunda crisis que atravesaba el sector privado propició el protagonismo del Estado en el mantenimiento de los sistemas públicos y servicios esenciales, así como en la reactivación de la economía nacional, mediante la puesta en marcha de proyectos locales e iniciativas a nivel federal para la ejecución y financiación de grandes infraestructuras.

Asimismo, la ferocidad de la crisis económica erosionó la tradicional confianza del pueblo en el mercado y el capitalismo propiciando la llegada de Roosevelt al poder en 1933 con el encargo de impulsar el protagonismo del Estado en la economía. El *New Deal* vino así a responder a los supuestos fallos del mercado y del sistema capitalista en general (Megginson y Netter, 2003: 28). La iniciativa pública en la provisión de bienes y servicios públicos se consolidó durante la II Guerra Mundial y los años de la posguerra, reforzada por la exaltación del espíritu nacional y el liderazgo del Estado en el esfuerzo industrial bélico y la necesidad de reconstrucción y desarrollo del país que continuó en la décadas siguientes.

En el caso del transporte urbano se desarrolló una clara tendencia a la progresiva publificación de las anteriores concesiones privadas, que pasaron así a recaer en manos de los municipios<sup>55</sup>. A partir de 1940 casi la totalidad de las líneas de tranvías, autobuses y trenes elevados en las ciudades

---

<sup>55</sup> Así ocurrió, por ejemplo, con el metropolitano de Boston y Nueva York inicialmente contruidos por compañías privadas en 1897 y 1904 respectivamente.

estadounidenses pasaron a manos públicas, principalmente en las grandes ciudades como Boston, Chicago, Cleveland, New York y San Francisco<sup>56</sup>.

Destaca en esta etapa la creación por el Congreso de la *Urban Mass Transportation Administration* en 1964, para la provisión del transporte por el Gobierno Federal, que se convirtió en principal actor en la provisión de las infraestructuras de transporte urbano. La financiación federal estuvo inicialmente prevista únicamente para las operaciones de conservación y mantenimiento pero a partir de 1971 se comenzó a aplicar a nuevas construcciones (Meyer y Gómez-Ibáñez, 1981: 37-51) y continuó como fórmula predominante en la provisión de infraestructuras de transporte hasta la década de los 80 (Jacobson y Tarr, 1995: 10).

El servicio de saneamiento y tratamiento de aguas residuales experimentó una tendencia similar de consolidación del esfuerzo nacional para la construcción y financiación de la creciente demanda de sistemas de saneamiento en las distintas ciudades de Estados Unidos, que aumentó entre el 67% y el 75% de 1976 a 1986 (Helman y Johnson, 1992: 41). Significativa fue la entrada en vigor en 1972 de las *Water Pollution Control Act Amendments*, por la que el Gobierno Federal concedió a las municipalidades el 75% de la financiación necesaria para la ejecución de plantas de tratamiento de aguas residuales<sup>57</sup>.

En el sector eléctrico, tras un periodo de intensa influencia de las fuerzas del mercado en la regulación que alcanzó prácticamente hasta la década de 1960, desde la primera mitad del siglo XX se advirtió un fortalecimiento paulatino de la regulación pública en cada vez más estados y municipios de la

---

<sup>56</sup> El proceso de publicación del transporte se produjo, no obstante, de forma progresiva. Hacia 1948 únicamente 36 de las 1400 infraestructuras de transporte estaban operadas directamente por los municipios, si bien, coincidían con las ciudades con más densidad de población. La tendencia continuó durante la década de los años 1950 y 1960 con la participación privada descendiendo paulatinamente hasta cerca de un 64% en 1960 y sobre el 50% en 1978.

<sup>57</sup> La financiación pública federal continuó hasta 1994 bajo los términos del *Water Quality Act* de 1987.

nación. Así, hacia 1935 las comisiones reguladoras con capacidad para establecer las tarifas comenzaron a proliferar, si bien, inicialmente su finalidad iba dirigida más bien a la protección de las propias compañías eléctricas y la eliminación de la corrupción municipal por lo que su influencia en las decisiones privadas era muy limitada.

A partir de entonces, sin embargo, se produce un significativo cambio en la regulación del servicio eléctrico con una decidida presencia estatal en las decisiones de las compañías eléctricas privadas. La reforma del sector eléctrico llevada a cabo por la Administración Roosevelt para estimular la reactivación de la economía y controlar el exceso de poder político y económico acumulado por las grandes compañías eléctricas se consolidó mediante la creación en 1935 de la *Federal Power Commission* para regular el sector (Jacobson y Tarr, 1995: 21). De la intervención pública llevada a cabo estos años, el sector eléctrico estadounidense quedó configurado con empresas independientes e integradas verticalmente<sup>58</sup>.

En las décadas siguientes a la segunda guerra mundial, si bien no se produjo la gran expansión del sector eléctrico experimentada a finales del siglo XIX, las innovaciones tecnológicas en la generación y transmisión de la electricidad continuaron incrementando la eficiencia del suministro a través de la reducción de los costes del servicio. Sin embargo, pese a las reformas implantadas por el *New Deal* de los años 30 y la acción regulatoria de las comisiones federales o estatales, el cambio experimentado no se materializó en un mayor control sobre los rendimientos obtenidos por las compañías eléctricas ni, en general más estricta supervisión de su actuación (Jacobson y Tarr, 1995: 21).

---

<sup>58</sup> Igualmente importantes fueron las reformas legales dirigidas a simplificar las complejas estructuras societarias de las compañías eléctricas y a eliminar los *holdings* que no suministraban áreas geográficas únicas, aspectos que, a diferencia de la regulación anterior, encontraron la oposición de las propias compañías privadas.

## 2. LOS PROCESOS DE NACIONALIZACIÓN EN EUROPA.

También en Europa la etapa posterior a la Segunda Guerra Mundial marca una clara tendencia hacia la nacionalización de las infraestructuras y servicios debido a la necesidad de ambiciosos planes de reconstrucción y el resurgimiento de un espíritu nacional que renovará la confianza en la acción de un Estado centralizado y fuerte a la hora de afrontar los esfuerzos inversores y la organización administrativa. Asistimos así a un proceso que durará hasta la década de los ochenta, y que se caracterizará por la toma de control por el Estado a través de grandes empresas públicas de la provisión de los servicios económicos así como de la responsabilidad en la ejecución de la mayoría de las infraestructuras necesarias para su desarrollo.

La ingente aportación de capital necesaria para financiar la regeneración de las redes de infraestructuras y los sistemas de abastecimiento, unida a la crítica situación económica por la que atravesaban la mayoría de las compañías privadas, así como razones de índole política e ideológica propias del particular momento histórico, provocaron la práctica desaparición del sector privado en la prestación de servicios públicos.

En Reino Unido a partir de la Segunda Guerra Mundial el protagonismo del Estado en la organización de los sectores infraestructurales como el abastecimiento del agua o el eléctrico fue aún mayor que en los Estados Unidos. Un claro ejemplo de ello es la reorganización de su sistema de abastecimiento de agua mediante la promulgación en 1945 del *National Water Act* que estableció el aglutinamiento en las autoridades locales y municipales de las competencias para su provisión<sup>59</sup>.

Nuevas reformas legales en 1973 contribuyeron decisivamente a la consolidación de una provisión unificada de los sistemas de suministro de agua y el saneamiento. Bajo la premisa de que una racional protección del

---

<sup>59</sup> Así, bajo los términos del *National Water Act* de 1945 el número de sistemas independientes de abastecimiento de agua en Inglaterra y Gales se redujo desde los 1400 existentes en la época de posguerra hasta únicamente 187 en 1974.

medio ambiente de acuerdo a las exigencias propias del siglo XX determinaba la necesidad de una planificación y toma de decisiones integral que tuviera en cuenta los intereses de las distintas regiones involucradas, la gestión de los sistemas públicos de provisión de agua y saneamiento se encargó a diez autoridades regionales .

Respecto del sector eléctrico, desde 1926 se advirtió la necesidad de reestructurar la estrategia de regulación del sector ante la ineficiencia de los distintos sistemas eléctricos locales. Un primer paso fue la creación del *Central Electricity Board* como autoridad encargada de construir y operar la red nacional de transmisión eléctrica, si bien, los distintos municipios o empresas privadas mantenían sus posiciones respecto de los sistemas de generación y distribución existentes. El proceso se culminó con la nacionalización en 1947 de toda la industria eléctrica británica, reformándose igualmente la estructura industrial y regulatoria que consolidó la distribución en doce nuevas autoridades regionales y pasando las competencias sobre generación y transmisión de electricidad a manos de la *Central British Electricity Authority*.

Igualmente en Francia tuvo lugar este proceso de estatización de la propiedad y operación de los servicios debido a la dramática situación tras la segunda guerra mundial que dejó las infraestructuras del país casi destruidas por completo. Es el caso de las instalaciones eléctricas para la generación y transmisión que resultaron gravemente dañadas por el conflicto y cuya reconstrucción exigía un importante esfuerzo inversor que las compañías eléctricas privadas, muchas de ellas en práctica bancarota, se veían incapaces de asumir. Tal situación dio lugar a la nacionalización de la industria eléctrica en su totalidad en 1946 impulsada, además de las razones económicas, por motivaciones de índole ideológica esgrimidas especialmente desde sectores de la izquierda para favorecer una mayor igualdad social y la eliminación de la corrupción e influencia de los propietarios de las compañías eléctricas en el ámbito político (Frost, 1991: 36-58).

En España, los primeros años del siglo XX se caracterizan por el desarrollo de las grandes infraestructuras y servicios públicos donde intervienen algunas empresas estatales o con participación pública<sup>60</sup>. La Dictadura de Primo de Rivera (1923-1929) establece los primeros grandes monopolios estatales en sectores como la energía, comunicaciones o transportes, en concreto, la telefonía (Compañía Nacional Telefónica de España, (CTNE), creada en 1924), el transporte aéreo (Compañía de Líneas Aéreas Subvencionadas S.A. (CASSA), creada en 1928) y los hidrocarburos (Compañía Arrendataria del Monopolio de Petróleos S.A. (CAMPSA), creada en 1927), a los que se uniría después de 1941 el transporte ferroviario cuando RENFE integra a las demás empresas ferroviarias existentes (Carreras y Tafunell, 1993)<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> Entre 1917 y 1930 aparecían las siguientes empresas en el panorama de los servicios públicos económicos y el transporte: *Servicios públicos*: CATALANA GAS (Catalana de Gas y Electricidad), RIEGOS (Riegos y Fuerzas del Ebro), E. CATALUÑA (Energía Eléctrica de Cataluña), BARCELONESA E. (Cia. Barcelonesa de Electricidad), CHADE (Cia. Hispano Americana de Electricidad), B. TRACTION (Barcelona Traction, Light and Power, Co. Ltd.), TELEFONICA (Cia. Telefónica Nacional de España), IBERDUERO (Hidroeléctrica ibérica "Iberduero"), UNION ELECT. (Unión Eléctrica Madrileña), SEVILLANA (Cia. Sevillana de Electricidad), HIDROLA (Hidroeléctrica Española), ENDESA (Empresa Nacional de Electricidad), ENHER (Empresa Nacional Hidroeléctrica Ribagorzana), FECSA (Fuerzas Eléctricas de Cataluña), FENOSA (Fuerzas Eléctricas del Noroeste), SALTOS SIL (Saltos del Sil). *Transportes*: NORTE (Caminos de Hierro del Norte de España), M-Z-A (Cia. de Ferrocarriles de Madrid Zaragoza y Alicante), ANDALUCES (Cia. de 10s Ferrocarriles Andaluces), FF. CC. M-C-P (Sociedad de 10s Ferrocarriles de Madrid a Cáceres y Portugal), F.C. ZAFRA-H (Ferrocarril de Zafra a Huelva), F.C. M-Z-O-V (Cia. de 10s Ferrocarriles de Medina del Campo a Zamora Orense y Vigo), TRANSMED. (Cia. Transmediterránea), F. C. TANGER (Cia. Franco-Española del Ferrocarril de Tánger a Fez), TRASATLANTICA (Cia. Trasatlántica), FF.CC. OESTE (Cia. Nacional de 10s Ferrocarriles del Oeste de España), IBERIA (Iberia, Cía. Aérea de Transportes S.A).

<sup>61</sup> En opinión de Carreras y Tafunell (1993), la creación de las grandes empresas monopolísticas se caracterizó por la previa nacionalización e integración en una única compañía de todas las empresas preexistentes en el sector en lugar de una creación "ex novo". En la compañía telefónica, el capital privado, extranjero, era hegemónico. En el caso de CAMPSA el sector público tenía un peso predominante por razones fiscales, si bien el capital había sido aportado mayoritariamente por grupos capitalistas españoles, tras la nacionalización en 1927 de las compañías de refino y distribución de petróleo.

En cuanto al sector aeronáutico, CASSA se creó por el Decreto-Ley de 9 de enero de 1928 que estableció las líneas nacionales e internacionales de interés general con explotación por concurso y su adjudicación le correspondió a CASSA que integraba todas las empresas españolas relacionadas con la aviación y a entidades bancarias. Fue la única de las grandes empresas monopolísticas nacionalizada durante la República por Ley de 25 de septiembre de 1931. Entre estas empresas se encontraba IBERIA, creada el 28 de junio de 1927 con el nombre de Compañía Aérea de Transportes S. A ya que el nombre de IBERIA se utilizaba de



Durante la etapa posterior a la Guerra Civil y primeros años del franquismo la necesaria reconstrucción económica del país determina una intensa política intervencionista caracterizada por la industrialización bajo planificación estatal, el control de los precios y los programas de nacionalización (Montero Elena, 1996: 65). Como señalan Carreras y Tafunell (1993) "hacia 1948 los efectos de la acción estatal -enormemente acentuada- se tornan más visibles. En la nómina de sociedades que operaban monopolísticamente gracias a la intervención pública había ingresado un nuevo miembro de enorme bulto, RENFE".

Asimismo, desde la promulgación de la Ley de 24 de noviembre de 1939, de ordenación y defensa de la industria, y la creación en 1941 del Instituto Nacional de Industria (INI)<sup>62</sup> se abrirá un periodo económico de

---

común para todas las compañías creadas en España con capital de origen alemán. Tras la Guerra Civil y su nacionalización en 1940 asumirá el monopolio del tráfico aéreo en España.

<sup>62</sup> Para acercarnos a la dimensión económica que supuso el INI en el desarrollo industrial español de mediados en los años 40 y 50 del siglo XX, podemos sistematizar su composición siguiendo a Villar Palasí (1950: 53-130):

- a) Empresas con accionariado excluyente, en la que el I. N. I. ostenta la totalidad de las acciones: Empresas nacionales siguientes: ADARO, de investigaciones mineras (D. 20 marzo 1942); CALVO SOTELO, de combustibles líquidos y lubricantes (D. 22 enero 1942); EMPRESA NACIONAL DE ELECTRICIDAD (D. 3 junio 1944); HIDROELÉCTRICA DEL RIBAGORZANA (D. 12 julio 1946); ELCANO, de la Marina Mercante; (Ley 7 mayo 1942); BAZÁN, de construcciones navales militares (Ley 11 mayo 1942); IBERIA, de líneas aéreas (Ley 7 julio 1940); TORRES QUEVEDO (D. 22 junio 1943).
- b) Empresas con accionariado concurrente:
  - Empresas con participación mayoritaria del I. N. I. : MINAS DE ALMAGRERA, S. A. (D. 13 noviembre 1944); Empresa Nacional del Aluminio, S. A. (D. 22 junio 1943); REFINERÍA DE PETRÓLEOS DE ESCOMBRERAS, S. A. (D. 28 abril 1949); HYLURGIA, S. A. (D. 4 mayo 1949); CONSTRUCCIONES FYPE, S. A. (Convenio 19 febrero 1944); EMPRESA NACIONAL DE AUTOCAMIONES, S. A. (D. 1 mayo 1946); EMPRESA NACIONAL DE RODAMIENTOS, S. A. (D. 8 mayo 1946); EXPERIENCIAS INDUSTRIALES, S. A. (D. 15 septiembre 1949); AUTOTRANSPORTE TURÍSTICO ESPAÑOL, S. A. (D. 13 octubre 1949).
  - Empresas con participación igualitaria del I. N. I.: MINERÍA INDUSTRIAL PIRENAICA, S. A. (Convenio 3 julio 1943); BOETTICHER Y NAVARRO, S. A. (Convenio 14 julio 1943).
  - Empresas con gestión indirecta del I. N. I. a través de sus empresas filiales: EMPRESA NACIONAL RADIO MARÍTIMA, S. A. (Escritura pública 5 noviembre 1948); INDUSTRIAS PESQUERAS AFRICANAS, S. A. (D. 30 septiembre 1947); TELEFÓNICA DE TÁNGER, S. A. (constitución en 14 abril 1936); TRANSRADIO ESPAÑOLA (constitución en 21 enero 1928; participación del I. N. I. desde 1 octubre 1945).

desarrollo planificado y dirigido por el Estado que se extenderá hasta 1959<sup>63</sup> momento en que, coincidiendo con el acceso de España en la OCDE, y la adopción del Plan de Estabilización<sup>64</sup> se iniciarán cambios en la política económica.

### III. EL RESURGIMIENTO DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA: REEDITANDO UN VIEJO MODELO BAJO UN NUEVO PRISMA.

El protagonismo de los Estados en la provisión de las infraestructuras y servicios públicos se vio seriamente comprometido por la coyuntura internacional existente en los años posteriores, y que se concretó durante el final de la década de los setenta y principios de los ochenta en una serie de factores socio-económicos que restringían su capacidad para afrontar directamente el esfuerzo inversor, dando lugar a la búsqueda de fórmulas alternativas para su financiación.

Entre estos factores pueden citarse el crecimiento demográfico y económico en los países en vías de desarrollo que incrementaban la demanda de nuevas infraestructuras, el escenario de restricción presupuestaria y de endeudamiento que afrontaban las cuentas públicas en la mayoría de los

- 
- Empresas con participación minoritaria del I. N. I.: 1) Por la titularidad del I. N. I. de acciones preferentes (SOCIEDAD ANÓNIMA DE CONSTRUCCIONES - AGRÍCOLAS, O. 7 diciembre 1945), mediante las cuales se estructura un control absoluto del Instituto); 2), por la declaración de interés nacional de la empresa en cuestión, (FABRICACIÓN ESPAÑOLA DE FIBRAS TEXTILES ARTIFICIALES, S. A., D. 25 febrero 1944; MARCONI ESPAÑOLA, S. A., D. 5 mayo 1941 y D. 11 diciembre 1942; SOCIEDAD IBÉRICA DEL NITRÓGENO, D. 18 abril 1941, Ley 18 junio 1942; SIDERÚRGICA ASTURIANA, S. A., D. 15 diciembre 1942, O. 18 noviembre 1948); 3), por especial previsión legal impuesta a la empresa (BANCO EXTERIOR DE ESPAÑA, R. D.-Ley 25 julio 1928).

<sup>63</sup> La importancia de las empresas públicas era notable, liderando la lista de las compañías más potentes del país, aún cuando sus cuentas de resultados no estuvieran en absoluto a la altura. En palabras de Carreras y Tafunell (1993) "En 1960 la tutela del Estado había imprimido un vuelco espectacular al *ranking* empresarial. Las cuatro empresas de mayor envergadura del país eran públicas. Tenían, asimismo, este carácter la séptima, la octava, la décima y la doceava (sic). Todas ellas resultan fácilmente identificables por contener las siglas "E. N." -es decir, "Empresa Nacional"- en su razón social. (...) En suma, el activismo estatal constituye el rasgo más sobresaliente de estos años. Vale la pena notar que estas empresas públicas líderes lograban unos beneficios muy bajos, cuando no cerraban los ejercicios con pérdidas".

<sup>64</sup> Decreto 323/1959, de 12 de marzo, de regulador del Programa Nacional de Inversiones y Decreto Ley de 21 de julio de 1959, de Ordenación Económica.

países para evitar crecientes déficit y deuda públicos, así como la pérdida de negocio por parte de las principales firmas constructoras a principios de los años ochenta que elevaron su interés por involucrarse en nuevos proyectos a gran escala (Augenblick y Custer, 1990: 1 y 2).

## 1. LA REINTRODUCCIÓN DE LA INICIATIVA PRIVADA EN EL SECTOR PÚBLICO ESTADOUNIDENSE.

Esta tendencia privatizadora tuvo su inicio durante la década de los ochenta con la Administración Reagan en una clara apuesta por la reducción del volumen del Estado y su presencia en la actividad económica mediante cambios en los patrones de gestión pública y una política económica que limitó los fondos presupuestarios disponibles para los programas de inversiones.

A nivel estatal y local esta situación se tradujo en la incapacidad de los gobiernos para mantener de forma autónoma un sistema público de servicios de creciente demanda por los ciudadanos, debido en parte a mandatos heredados del Gobierno Federal sin la correspondiente financiación, así como por la continua presión social exigiendo mayor alcance y calidad de la red prestacional, y finalmente la progresiva sustitución de su financiación general a través de los impuestos por el soporte directo por los usuarios, todo lo cual termina creando un entorno adecuado para el florecimiento de la colaboración público-privada.

Estas condiciones político-económicas facilitaron su generalización en todos los sectores a lo largo de los años ochenta y noventa y, pese a algunas reticencias de grupos sociales y sindicales, la mayoría de las Administraciones, a todos los niveles, aceptaron como beneficiosa la participación del sector privado en los programas de inversión y desarrollo de infraestructuras y servicios públicos (The National Council of Public-Private Partnerships (NCPPP), 2002: 6).

Incluso la llegada al poder del demócrata Clinton en 1993 no solamente no supuso el abandono de las políticas de impulso de la participación privada en la gestión y financiación de lo público sino que, a la vista de su amplia aceptación social, su programa de reforma del Estado Federal (*National Performance Review*)<sup>65</sup> concedió gran protagonismo a los esquemas de colaboración público-privada. El programa respondía a la promesa de “reinventar” el Gobierno Federal en orden a una actuación mejor y a menor coste, a través de una serie de recomendaciones dirigidas a la mejora de los métodos operativos de las agencias públicas y se enmarcaba en el clima internacional de reformas del sector público que también comenzaban a introducirse en Estados Unidos a nivel local y estatal.

La perspectiva de reforma del sector público que venía operándose fue inicialmente descrita por Osborne y Gaebler (1993) en su libro *Reinventing Government*. Sobre esta base intelectual y la experiencia pionera en el Estado de Texas con la adopción en 1991 del programa de reformas *Texas Performance Review*, liderada por John Sharp, *Comptroller* del Estado de Texas, en septiembre de 1993 se anunció el inicio de una reforma que contemplaba cerca de 1500 recomendaciones bajo el lema “*to make the government work better and cost less*” (hacer que el Gobierno trabaje mejor y a menor coste) y que, tras su revisión en 1995, se extendería en su cumplimiento hasta 1997<sup>66</sup>.

En este sentido tiene igualmente un indudable valor el último *Economic Report of the President*<sup>67</sup>, en el que se abordan cuestiones de gran interés sobre el papel del Estado en la economía.

---

<sup>65</sup> *National Performance Review Accompanying Report*, Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office [GPO], September 1993.

<sup>66</sup> *Cfr. National Performance Review Accompanying Report*, Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office [GPO], September 1993.

<sup>67</sup> *Cfr. Economic Report of the President*, Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office [GPO], 1997, pág. 196.

El *Economic Report of the President* fue elaborado por el Consejo de Asesores Económicos del Presidente Clinton, presidido por el eminente economista Joseph E. Stiglitz y enviado al Congreso de los Estados Unidos en febrero de 1997. En el capítulo 6 del Informe titulado “Redefiniendo el papel del Estado en el economía de mercado de Estados Unidos”, tras proclamar los beneficios de la desregulación como medio para introducir la competencia, defiende la complementariedad de los mercados y las políticas públicas de la siguiente forma *«los partidarios de la intervención del Estado comparan los fallos reales del mercado con una visión idealizada de un Estado que está en posesión de información ilimitada y de objetivos puramente benéficos. Los detractores del Estado a menudo caen presas de la falacia opuesta, comparando las propiedades de un mercado ideal con el comportamiento de los gobiernos reales, que han de actuar con información limitada y, a menudo, con incentivos distorsionados. Ambas instituciones tienen limitaciones; ninguna está a la altura del ideal» (...). «Un planteamiento mucho más útil es el de comparar los mercados reales con los efectos reales de la política, para comprender cuándo y dónde deberían trazarse las líneas entre el sector público y el privado. Encontrar esta frontera es difícil (...). La comparación del funcionamiento real de los mercados y de los gobiernos también nos ayudan a comprobar cómo pueden ayudar las políticas públicas a que los mercados funcionen mejor, y cómo el empleo de incentivos de mercado puede mejorar el funcionamiento del gobierno».*

Como señalan Costas y Bel (1997: 16), la reflexión del *Economic Report of the President* escapa deliberadamente de la idea de que el mercado y el Estado son sustitutos irreconciliables y aporta una visión del Estado y el mercado, no sólo como sustitutivos sino como complementarios en muchas situaciones de la vida económica.

Menos sorprendente es la confianza en el sector privado mostrada por la Administración Bush, que retomó los principios ideológicos de la etapa Reagan y consolidó el recurso al *outsourcing* y las diversas formas de

colaboración público-privada en todos los niveles administrativos reduciendo significativamente el volumen de empleo público.

## 2. EL MODELO BRITÁNICO: LA PRIVATE FINANCE INITIATIVE.

Con la llegada al poder del partido conservador de Margaret Thatcher en 1979 se inició en Reino Unido una masiva reducción de la dimensión del Estado y de su control sobre la inversión en grandes infraestructuras mediante la aplicación de diversas políticas de privatización del sector público y fomento de la participación privada en la financiación de proyectos públicos, que tuvieron su continuación durante el posterior mandato de Major hasta 1997.

En primera instancia tuvo lugar un ambicioso programa de privatización del sector público comercial mediante el traspaso al sector privado de las principales empresas de propiedad pública en los sectores de las telecomunicaciones, el agua, el gas, los aeropuertos, los ferrocarriles y la electricidad. Su principal objetivo fue obtener fondos para el Tesoro y traspasar la responsabilidad inversora al sector privado en un momento en que la mayoría de las infraestructuras requerían una fuerte inyección de capital para atender su remodelación física o tecnológica, evitando así el crecimiento del déficit público (Megginson y Netter, 2003: 28)<sup>68</sup>.

En segundo término, se pretendía la eficiencia de las empresas privatizadas teniendo en cuenta que uno de los mayores obstáculos al proceso era el caso de enajenación de empresas públicas que no se

---

<sup>68</sup> Como señalan Megginson y Netter (2008:28) la mayoría identifica los modernos programas de privatización con la figura de Margaret Thatcher y su Gobierno conservador, sin embargo, usando un concepto amplio de privatización la desnacionalización de la industria acerera llevada a cabo por Churchill en la década de 1950 puede considerarse como la primera privatización e, igualmente, otros países como Alemania o Chile iniciaron programas de privatización con anterioridad a la llegada al poder del partido conservador en Reino Unido. Thatcher rescató el término "privatización", inicialmente acuñado por Peter Drucker, para sustituir el de "desnacionalización" y denominar un programa de cambio en las condiciones económicas del país mediante una política orientada al mercado y de venta de las empresas de propiedad pública que se habían convertido en ineficientes e inflexibles agencias de empleo. Sería a partir de la exitosa privatización de British Telecom en noviembre de 1984 cuando se consolidaría la privatización como una política pública básica en el Reino Unido.

consideraban rentables y podían retraer la inversión privada. Para ello, con carácter previo a su privatización se procedió al saneamiento de dichas empresas descomponiéndolas en unidades menores más rentables y reduciendo la deuda y, posteriormente se afrontó una ambiciosa campaña publicitaria para su difusión (González, 1994).

El proceso británico de privatización se caracterizó, en primer lugar, por la retirada del Estado del sector económico, lo que exigía el desmantelamiento de las empresas públicas mediante su desnacionalización o venta al sector privado, y en segundo lugar, por las facilidades existentes en el sistema jurídico británico para la privatización en el ámbito de los servicios públicos al no existir importantes barreras legales o constitucionales para ello (Villar Rojas, 1993).

Siguiendo a Pollitt (1999) podemos concluir que, en general, la experiencia del proceso de privatización puede considerarse como satisfactorio teniendo en cuenta los beneficios obtenidos por los consumidores, los accionistas y el Gobierno, y en particular, por el adecuado comportamiento de la actividad inversora de las compañías privatizadas (Pollitt, 2000: 4-6)<sup>69</sup>.

La tendencia liberalizadora continuó durante la recesión de principios de los años noventa, en un escenario de déficit fiscal en aumento y

---

<sup>69</sup> Pollitt (2000: 6) señala como una de las razones de tal éxito el hecho de que en el proceso privatizador no se produjeran patrones de discontinuidad o fluctuación en la actividad inversora privada, tal y como preveían las teorías keynesianas, debido al efecto de la regulación sobre el sector liberalizado. En efecto, según la doctrina keynesiana sobre la socialización de la actividad de inversión, el traspaso de la responsabilidad inversora desde el Estado hacia el sector privado como consecuencia de un proceso privatizador puede provocar una alteración en la tendencia inversora (véase Keynes, 1936: 164). Afirmar el propio autor, sin embargo, que en el proceso de privatización en el Reino Unido no se produjeron estas fluctuaciones en los patrones de inversión, debido, por un lado, a la existencia en las empresas de planes de inversión a medio plazo, y por otro, a una política regulatoria del sector que fijaba los precios en referencia a las inversiones a realizar. Ello dio como resultado un esquema estable y predecible de inversiones sin las alteraciones que se hubieran producido en el contexto de un mercado libre sin regulación alguna, o en un escenario de restricciones a corto plazo en el presupuesto público. El mensaje que se obtiene de la privatización en Reino Unido es que las compañías adecuadamente reguladas no tienen dificultades para financiar eficientemente sus inversiones.

restricciones presupuestarias que limitaban la capacidad financiera del Gobierno para afrontar la creciente demanda de inversiones y reforzaban el recurso a la financiación privada como una opción de saneamiento de las finanzas públicas. En este aspecto el sector público se regía hasta ese momento por la aplicación de las *Ryrie Rules*, que establecían los límites de la participación privada en la financiación de proyectos públicos fijando un marco rígido de actuación para los responsables públicos que evitara la excesiva asunción de obligaciones financieras futuras para huir de las restricciones presupuestarias (Clark y Root, 1999; Hall, 1998: 132).

Las *Ryrie Rules* fueron formuladas por el *National Economic Development Council (NEDC)* bajo el mandato de Sir William Ryrie, y regulaban el régimen de introducción de capital privado en la actividad de las empresas nacionalizadas. El criterio general era la prioridad en la utilización de fondos públicos para la ejecución de proyectos de inversión y, únicamente podría utilizarse financiación privada cuando ofreciera mayor eficiencia en términos de coste que la opción pública y siempre que ésta no pudiera llevarse a cabo (Hall, 1998: 122). Debía además existir en todo caso la oportuna cobertura presupuestaria (Allen, 2001: 14).

Las normas fueron revisadas en 1988 para tener en cuenta los efectos de la privatización de las empresas reguladas, y contemplar la aparición de esquemas de *contracting-out*, financiación mixta y colaboración (*partnership*); en particular venía a demostrarse que las condiciones que se exigían para la prevalencia de la financiación privada difícilmente podían cumplirse en la práctica, incluso en aquellos casos en que la opción de financiación pública no pudiera llevarse a cabo por las insuficiencias presupuestarias (Willets, 1993). La retirada de las *Ryrie Rules* en 1989 y su sustitución por la *Private Finance Initiative (PFI)* supuso la definitiva toma de postura por parte del Gobierno en favor de implicación del sector privado en la financiación y gestión de infraestructuras públicas, a través de una continua y más cercana colaboración con las autoridades públicas, tanto central como locales (Allen, 2001: 14).



El lanzamiento formal de la *PFI* tuvo lugar en el *Autumn Statement* pronunciado por Norman Lamont en 1992<sup>70</sup>, y puede definirse como “uno de los principales medios mediante los que el sector público puede asegurar mayor eficiencia en el coste o *value for money* (en adelante *VFM*) en colaboración con el sector privado. A través de la *PFI* el sector privado es capaz de aportar una amplia gama de cualificaciones directivas, comerciales y creativas en la provisión de servicios públicos, ofreciendo grandes beneficios potenciales para el Estado” (HM Treasury UK, 1997). El principal objetivo de la *PFI*, por tanto, fue alcanzar una colaboración cercana entre los sectores público y privado tanto a nivel central como local<sup>71</sup>.

Esta nueva política se basaba en los principios de asunción de riesgo por parte del sector privado sin garantías públicas contra las posibles pérdidas, la exigencia de *VFM* desde el punto de vista del gasto público y la existencia de competencia, y supuso la consolidación de la financiación privada como el principal recurso de cara a la ejecución de proyectos públicos, en el sentido de no considerarse aportación pública alguna sin explorar antes las opciones de financiación privada y reservando los fondos

---

<sup>70</sup> En el *Autumn Statement* del 12 de noviembre 1992 Norman Lamont pronunció las siguientes palabras: “Dije en mi discurso de Mansion House que estaba examinando nuevas vías para aumentar el ámbito de aplicación de la financiación privada de proyectos de inversión. Obviamente, el interés de los contribuyentes debe ser protegido, pero yo únicamente pretendo garantizar que se toman las decisiones más inteligentes siempre que surja la oportunidad. Ahora estoy en condiciones de anunciar tres avances relevantes. En el pasado, el Gobierno estaba preparado para dar el visto bueno a los proyectos privados sólo después de compararlos con proyectos similares en el sector público. Esto se aplicaba con independencia de que hubiera o no intención de que el proyecto fuera a llevarse a cabo por el sector público. He decidido abandonar esta regla. En el futuro, cualquier proyecto con financiación privada que sea viable será autorizado. (...) En segundo lugar, con demasiada frecuencia el Gobierno ha considerado en el pasado los proyectos o bien como públicos o como privados. En el futuro, el Gobierno va a promover activamente las asociaciones con el sector privado, en las que se incluya una adecuada transferencia de los riesgos al sector privado. (...) En tercer lugar, vamos a autorizar un mayor uso del arrendamiento cuando éste ofrezca suficiente *value for money*. Mientras se asegure que los riesgos se trasladan al sector privado, las organizaciones públicas podrán entrar en operaciones de arrendamiento, contabilizándose como gasto únicamente los pagos por el arrendamiento y sin impacto en el presupuesto de capital” (Parliament UK, 1992).

Disponible en: <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm/cmvo213.htm>.

<sup>71</sup> Todo el detalle sobre los antecedentes y desarrollo de la *Private Finance Initiative* británica se encuentra disponible en Allen (2001).

públicos sólo para el caso de que los recursos privados resultaran antieconómicos. En tal sentido la *PFI* fue considerada una categoría dentro de la más amplia de la colaboración público-privada o *PPP* en la cual el sector público contrata la compra de servicios a largo plazo según estándares de calidad determinados de manera que obtenga las ventajas propias de la gestión y la financiación privadas a riesgo (HM Treasury UK, 1994).

El término *VFM* aplicado a los proyectos realizados con financiación privada se refiere a la exigencia de que éstos sean coste-efectivos respecto de su provisión por el sector público, esto es, que aporten cierto valor añadido en términos de rentabilidad de la inversión y de la estructura de los costes. La comparación requiere la aplicación de métodos que igualen la evaluación del coste de los proyectos públicos y privados en términos de riesgo teniendo en cuenta que con financiación presupuestaria pública el coste de los riesgos existentes en un proyecto individual no se tiene en consideración.

El Gobierno británico estableció un *VFM test* para la evaluación de las distintas opciones de contratación en el que la elección vendrá determinada por la comparación de los costes y beneficios de las distintas alternativas (HM Treasury UK, 2003: 80). En teoría, el método será una evaluación coste-beneficio, utilizando para ello el denominado *Public Sector Comparator* (en adelante *PSC*) (Grout, 2005).

El *PSC* se asienta en una filosofía básica de armonización de los escenarios de costes entre proyectos con financiación pública y privada mediante la eliminación de las incidencias que sobre éstos produce la evaluación del traslado de riesgos. Se aplica en la fase de evaluación del proyecto y consiste en una estimación hipotética del coste en el caso de que el sector público fuera el proveedor de los servicios mediante el ajuste de los riesgos existentes. Expresado en términos de valor actual, se basa en el método disponible en el sector público para proveer los requerimientos de servicio especificados, incluidas las eficiencias que pudiera aportar al proceso

y teniendo en cuenta todos aquellos riesgos que el tradicional proceso de contratación pudiera conllevar<sup>72</sup>.

---

<sup>72</sup> Aún sin ánimo de profundizar en los aspectos puramente financieros de los *PPP*, sí conviene detenerse brevemente en el análisis del concepto de *VFM* así como en los instrumentos de evaluación de las distintas alternativas de contratación en función de aquél. Desde que los *PPP* se han convertido en una fórmula habitual de provisión de infraestructuras el sector público debe afrontar un nuevo tipo de decisiones que tradicionalmente no necesitaba asumir: cuando la provisión de bienes y servicios públicos se llevaba a cabo directamente por las instancias públicas únicamente se debía elegir entre la opción de desarrollar el proyecto o no; ahora, el sector público debe decidir, además de lo anterior, si para llevar a cabo el proyecto recurrirá al método tradicional de contratación o hará uso de alguna fórmula *PPP*. Esta decisión que, en último término, permite la participación del sector privado en la gestión de o público debe fundamentarse en criterios de eficiencia en el sentido de que procederá aquella solución que aporte un mayor *VFM*. Desde esta perspectiva, por tanto, el *VFM* se convierte en una herramienta útil de valoración entre las distintas alternativas de provisión, o lo que es lo mismo, la toma de decisiones debe estar sometida a un *test* de *VFM*.

Pues bien, como señala Grout (2005: 33) el problema reside en saber qué es un *test* de *VFM*: ¿es un nuevo término para designar el tradicional análisis coste-beneficio que el sector público ha utilizado durante décadas para decidir si debía llevar a cabo un proyecto de inversión, o bien es un nuevo tipo de prueba diseñado específicamente para atender las peculiaridades de los esquemas de *PPP*? ¿Es un instrumento *ex ante* para informar el proceso de toma de decisiones o, por el contrario, es un mecanismo de información *ex post* para evaluar la calidad de la decisión tomada?

Partiendo del concepto general de que cualquier proyecto genera un flujo de beneficios y una corriente de gastos, cualquier método de evaluación pasará por obtener el valor actual o presente de tales flujos utilizando para ello un determinado tipo o tasa de descuento (*discount rate*). Asimismo, en caso de que un proyecto se encomiende al sector privado a través de un *PPP* el sector público deberá financiar el valor presente del servicio objeto del contrato al precio o tarifa pactado; es el valor actual del coste financiero del proyecto.

Con estas premisas caben infinitos métodos de evaluación, si bien, pueden reconducirse a ciertas categorías generales que señalamos a continuación de forma sucinta.

a) El análisis coste-beneficio.

Este sistema trata de identificar los beneficios netos de cada una de las alternativas de contratación posibles. La opción con mayores beneficios netos será la elegida, a menos que existan beneficios netos negativos en cuyo caso, con independencia de las opciones existentes, el proyecto no se llevará a cabo.

b) Evaluación del coste para el sector público.

En cierto modo este sistema es el polo opuesto al anterior en tanto que no pretende el análisis de los costes y beneficios que, con carácter general suponen las distintas alternativas, sino el coste que para la agencia o departamento contratante supone cada fórmula de provisión. El método compara el coste que para el sector público supone un proyecto mediante contratación tradicional con el de su licitación a través de un *PPP*.

Existen a su vez diversas versiones de este método: la más pura consiste en la consideración simplemente de los costes directos que la autoridad contratante debe asumir. El mayor *VFM* será el de aquella opción de provisión que suponga la menor carga financiera directa que el sujeto público debe financiar. Este coste será el de construir y mantener los activos, por un lado, o el precio por los servicios ofrecidos por el privado en un *PPP*. Una versión más sofisticada incluye también los costes derivados de las diferencias por la calidad de los servicios según los estándares pactados (*benchmark specifications*). Así, por ejemplo,

Ello conduce a un aspecto de capital importancia como es la dimensión presupuestaria de la financiación privada<sup>73</sup>. Hall (1998: 124-136) reclama la atención sobre aspectos esenciales tales como si la financiación privada propuesta por la *PFI* supone aportación de inversiones adicionales respecto

---

se tendrán en cuenta como mayor coste aquellas externalidades positivas derivadas de la calidad de los servicios que no aparezcan en una opción pero sí en la alternativa.

c) Confirmación de la viabilidad de un proyecto.

Sería el *test* de *VFM* más limitado en su alcance y vendría a analizar la viabilidad de una alternativa específica que ha sido implementada. En este caso el *VFM* existe si el proyecto proporciona un valor actual neto positivo aplicándose tal prueba tanto a la provisión pública como al caso de elección de un *PPP* para verificar únicamente si aportan *VFM*, esto es, si por separado pueden considerarse costo-eficientes.

El Gobierno británico planteó el *test* de *VFM* como un método comparativo de los costes y beneficios de las alternativas de contratación posibles, esto es, el análisis coste-beneficio utilizando el denominado *Public Sector Comparator (PSC)*. Se aplica en diferentes fases:

En una primera fase (*Investment programme test*) se pretende una evaluación del programa de inversión y del método más adecuado de contratación para aquellos aspectos en que un *PPP* puede ofrecer *VFM*. Sobre la base del que el *PPP* sólo se elegirá si es la mejor opción en términos de *VFM*, la agencia pública elaborará una comparativa sobre las distintas alternativas de contratación y el grado de adecuación al proyecto de un esquema *PPP*.

En una segunda etapa (*Project level test*) se crea el *PSC* como estimación hipotética del coste de tal proyecto en el caso de que el sector público fuera el proveedor directo de los servicios a través del ajuste de los riesgos existentes. Una vez evaluados los costes y riesgos del proyecto se aplica un último paso en la valoración del *PSC* consistente en la toma en consideración de los escenarios más optimistas respecto de los posibles costes, esto es, aumentar los costes para compensar la apreciación de la evaluación más optimista por parte de los evaluadores de acuerdo a los parámetros del proyecto y otros proyectos similares o "*Systematic tendency for appraisers to be over-optimistic about key project parameters*".

Si al final de la segunda etapa la opción de *PPP* sigue ofreciendo *VFM* el evaluador procede a la tercer y última fase del *test* (*final procurement test*), consistente en la valoración del mercado para proveer adecuadamente el proyecto. Se tienen en cuenta diversos aspectos como la calidad de la competencia o concurrencia por el proyecto entre sujetos privados, los efectos del traslado de los riesgos y la estabilidad de los costes. Asimismo se garantiza que el *VFM* no se consigue a costa de los empleados o trabajadores.

Para un detallado estudio sobre el *VFM* y los métodos de valoración puede verse a Grout (2005).

<sup>73</sup> Ciertamente las consideraciones financieras han estado en el centro mismo del debate acerca de la conveniencia de implementar esquemas propios de la *PFI*, siendo de esta naturaleza la mayoría de los argumentos esgrimidos por sus detractores como evidencia de las consecuencias negativas que para las cuentas públicas y los contribuyentes resultarían de la adopción de propuestas de financiación privada. En todo caso debe señalarse que el análisis pormenorizado de las implicaciones financieras de la adopción de esquemas *PFI*, así como de las ventajas e inconvenientes en términos comparativos entre dichas fórmulas y la contratación pública tradicional, excede del ámbito objetivo de un trabajo como el presente cuyas pretensiones no alcanzan la evaluación de los resultados prácticos de cada una de las formas de colaboración y su incidencia en clave presupuestaria, sino más bien la profundización en sus fundamentos conceptuales sin evidencias comparativas de carácter económico-financiero. Tal examen puede encontrarse también en Allen (2001).

de la sponsorización pública o por el contrario existe un “efecto sustitución”, si se evidencia la contribución al *value for money* o si hay afectación en la flexibilidad pública a la hora de la priorización de proyectos en clave de beneficio social y en función de la adquisición de compromisos a largo plazo (*“PFIability”*).

Tras un arranque discreto, sucesivos impulsos gubernamentales fueron definiendo los perfiles de actuación del Estado bajo esquemas *PFI* y afianzando las bases para el desarrollo de los primeros proyectos significativos bajo sus auspicios. Así, en 1993 el *Chancellor*, Kenneth Clarke decidió imprimir nuevos ímpetus anunciando la creación del *Private Finance Panel (PFP)* cuyas funciones consistían en promocionar una mayor participación en la iniciativa tanto del sector público como del privado, estimular nuevas ideas identificar nuevas áreas en el sector público en las que el sector privado podía participar y identificar problemas para el progreso de la iniciativa y encontrar soluciones.

En una conferencia pronunciada el 8 de noviembre de 1994 (HM Treasury UK, 1994) Clarke reiteró los dos principios básicos de la *PFI*:

- El sector privado debe asumir riesgo sin garantía alguna por parte de los contribuyentes contra las posibles pérdidas.
- El *VFM* debe demostrarse para cualquier gasto a realizar por el sector público.

El *Chancellor* aseguró asimismo que la financiación privada sería la principal fuente de crecimiento para la inversión pública y el Tesoro no aprobaría ningún proyecto de inversión sin haber explorado las opciones de financiación privada (HM Treasury UK, 1994).

En 1995 se produjo un relanzamiento de la iniciativa a través de una serie de proyectos prioritarios en el Presupuesto por 9.4 billones de libras así como de la publicación por Michael Jack, *Financial Secretary*, de la Guía sobre *PFI*

*Private Opportunity Public Benefit, progressing the Private Finance Initiative* (HM Treasury, 1995), con el objetivo de aplacar el creciente escepticismo acerca de la capacidad del Gobierno para contratar mediante la PFI así como alentar la disposición del sector privado hacia la iniciativa. En ella se pretende eliminar toda burocracia innecesaria y promover un clima favorable (Allen, 2001: 15).

Con la llegada al poder del partido laborista en 1997 se anunció el inicio de un proceso de revisión de la *PFI* a través de los denominados “Informes Bates”, cuyas conclusiones cristalizaron en la adopción de una serie de medidas reformadoras del sistema en orden a favorecer el adecuado desarrollo de los proyectos, y se determinó la eliminación del *universal testing*, regla por la cual debía comprobarse la opción de financiación privada en todos los proyectos de inversión<sup>74</sup>.

El primer informe Bates, publicado el 26 de junio de 1997, contenía 27 recomendaciones al Gobierno para la mejora en la implementación de proyectos PFI y, entre ellas, se prevé la creación de *The Treasury Task Force* como órgano del Tesoro encargado de coordinar todas las actividades públicas en el marco de la *PFI* mediante el asesoramiento a departamentos, la participación en las negociaciones con el sector privado, el aseguramiento del *VFM* en los proyectos y la publicación de material de guía<sup>75</sup> y cuyo establecimiento se produjo en septiembre de 1997<sup>76</sup>.

El segundo informe Bates, publicado en julio de 1999, contenía entre sus recomendaciones la creación de *Partnerships UK (PUK)*<sup>77</sup>, una

---

<sup>74</sup> Los *Bates Reviews* deben su nombre a Malcom Bates, presidente de *Pearl Assurance*, que fue encargado el 8 de mayo de 1997 por el Tesorero General Geoffrey Robinson de realizar el proceso de revisión de la *PFI*.

<sup>75</sup> Entre este material destaca *Partnerships for Prosperity*, publicada el 4 de noviembre de 1997 para registrar los progresos en el cumplimiento de las recomendaciones del Informe Bates.

<sup>76</sup> El *Treasury Task Force* se creó en septiembre de 1997, y vino a sustituir al *Private Finance Panel Executive* y la *Private Finance Office*.

<sup>77</sup> Toda la información acerca de la organización puede encontrarse en: [www.partnershipsuk.org.uk](http://www.partnershipsuk.org.uk).

organización permanente compuesta por expertos de ambos sectores público y privado que, mediante el *Government Resources and Accounts Act 2000*, sustituyó a *The Treasury Task Force* en su cometido de asesoramiento a los participantes en proyectos de *PFI* y colaboración en general, para la adecuada negociación y conducción de los distintos procesos necesarios para su implementación<sup>78</sup>. Asimismo, y para encargarse de la vertiente política en materia de contratación pública que llevaba a cabo *The Treasury Task Force*, se crea en abril de 2000, a raíz de un informe de Peter Gershon sobre la contratación pública en Reino Unido, *The Office of Government Commerce (OGC)* con el objetivo de modernizar la contratación en el seno del sector público así como representar al Reino Unido en los foros internacionales sobre contratación<sup>79</sup>.

Ello dio como resultado un ambicioso programa de proyectos de infraestructuras en diversos sectores como el transporte, la defensa, la sanidad, los edificios públicos o la justicia bajo el modelo de financiación de la *PFI* y diversos esquemas para su articulación jurídica, si bien el más extendido fue el *Design, Build, Finance and Operate (DBFO)*, una fórmula contractual de base concesional que heredó las características de la figura *BOT* utilizada anteriormente en Estados Unidos, y que encomendaba al sector privado, además del diseño y construcción de los activos y la operación de los servicios no esenciales, su financiación.

Así, desde la perspectiva de la financiación se distinguen tres tipos de proyectos en el marco de la *PFI* (Hall, 1998: 123):

1. Proyectos autofinanciados o *financially free-standing projects*: en los cuales el coste de la inversión puede ser recuperado a través de los

---

<sup>78</sup> *Partnerships UK* se creó en junio de 2000, y en 2001 se recondujo como esquema de colaboración público-privada con 51% de participación privada en su capital y la finalidad de colaboración entre los sectores público y privado como esencia misma de su creación y funcionamiento.

<sup>79</sup> Toda la información acerca de *The Office of Government Commerce (OGC)* puede encontrarse en: [www.ogc.gov.uk](http://www.ogc.gov.uk).

cánones pagados por los usuarios del servicio. El sector público interviene en la planificación y autorización del proyecto, estableciendo un régimen de monopolio privado con regulación pública. Un ejemplo sería la construcción de puentes con peaje como el *Sky Bridge* o el *Second Severn Bridge*.

2. *Joint ventures*: proyectos conjuntos entre los sectores público y privado en los que el coste de la inversión no puede recuperarse mediante cánones, y el Estado debe subsidiar parte del mismo compensando al privado por los beneficios sociales que existan. Algunos ejemplos serían el *Manchester's Metrolink*, *The Docklands Light Railway* o *The Channel Tunnel Rail Link* (UK National Audit Office, 2001; Ruíz Ojeda, 1993).
3. Compra de servicios por el Estado: los más conocidos como *DBFO* en los que el privado se responsabiliza del diseño, la construcción y la financiación de la inversión y el sector público sólo adquiere servicios a éste bajo índices o condiciones de variabilidad fijados en función del uso de la infraestructura o la puesta a disposición de la misma de acuerdo a determinados estándares de calidad. Los pagos por el servicio difieren según el tipo de proyecto y el grado de riesgo que se transfiera y los incentivos establecidos pudiendo establecerse en base a la disponibilidad del servicio para ser utilizado por el Estado o por los usuarios (*availability payments*), o bien según la demanda o utilización efectiva de dichos servicios (*trigger payments*). Es el caso de los proyectos de prisiones y carreteras sin peaje (en éstas el mecanismo de pagos por el Estado en base a disponibilidad o demanda, sustituyendo el peaje de los usuarios se denominó comúnmente "*shadow toll*" o peaje en sombra). Innumerables ejemplos se documentan en proyectos de transporte, equipamientos sanitarios, instalaciones militares o penitenciarias en Reino Unido (National Audit Office, 1998).



CUADRO 5: PRINCIPALES PROYECTOS POR VALOR DE INVERSIÓN 1987-2008

PROYECTO	SECTOR	AÑO	£Mill.
London Underground (Tube Lines)	Transporte	2002	5484
Channel Tunnel Rail Link	Transporte	1996	4178
Future Strategic Tanker Aircraft	Defensa	2008	2500
Project Allenby/Connaught: Accommodn	Defensa	2006	1800
Barts & London NHS: Hospital Redevelt	Sanidad	2006	1100
Future Provision of Marine Services (FPMS)	Defensa	2007	1000
National Air Traffic Services Ltd (NATS)	Transporte	2001	800
Skynet 5	Defensa	2003	750
UK Military Flying Training System	Defensa	2008	635
Kent: Schools	Educacion	2008	600
MoD: Future C Vehicles	Defensa	2005	600
Birmingham NHS: Hospital	Sanidad	2006	560
Ministry of Defence: Colchester Garrison	Defensa	2006	539
Highways Agency: Nat. Roads Telecom.	Transporte	2005	490
Highways Agency - Nat. Roads Telecom.	IT/Telecom	2007	490
M6 Toll Road	Transporte	2000	485
LUL: Connect	Transporte	1999	468
Croydon: regeneration	Desarrollo Urbano	2008	450
Manchester NHS: Hospital accommodn.	Sanidad	2004	415
A13 Thames Gateway	Transporte	2000	411
LUL - Northern Line Trains Rolling Stock	Transporte	1995	409

Fuente: *European PPP Report, DLA PIPER, 2009.*

#### IV. EL PROCESO DE EXPANSIÓN DE LOS MODELOS COLABORATIVOS.

La situación económica recesiva de la mayoría de los países de la OCDE durante la década de 1970 y principios de 1980, caracterizada por profundas restricciones presupuestarias afectantes a las economías nacionales, regionales y locales, impulsó la búsqueda de alternativas de inversión, incluyendo la colaboración con el sector privado y organizaciones voluntarias,

como solución a la incapacidad del Estado de hacer frente a las creciente demanda de desarrollos necesarios para la vuelta al crecimiento y la competitividad (Walzer y Jacobs, 1998).

Si bien la colaboración público-privada ya existía, como hemos visto, se encontraba en un muy bajo perfil debido a que en las anteriores décadas de crecimiento económico y expansión inversora se confió de forma incuestionada en un Estado financieramente solvente y capaz para afrontar todos los retos económicos y sociales que se presentaban (Carroll y Steane, 2000: 40).

En este contexto, la exploración de nuevas formas de gestión y financiación por parte de los gobiernos y el sector privado se apoyó en la amplia experiencia de países como Estados Unidos y, mediante arquitecturas jurídicas ya tradicionales como la concesión, se comenzaron a articular modelos que incluían la financiación privada basada en los recursos del propio proyecto o *project finance*.

Sobre estas bases se fue generalizando, tanto en los países desarrollados como en vías de desarrollo, el uso de esquemas de base concesional en los que el sector privado construye las infraestructuras, opera el servicio y financia la inversión a su propio riesgo (Guislain y Kerf, 1995) con la única garantía financiera en los ingresos generados por el proyecto y en los propios activos adscritos a él, traspasando al final del plazo concesional la propiedad al Estado y que se conoce internacionalmente con las siglas *BOT* (*Build, Operate and Transfer*) como reflejo de las operaciones en que consiste<sup>80</sup>.

La actual expansión de las formas de colaboración público-privada en el desarrollo de infraestructuras tuvo también su origen inmediato en la corriente

---

<sup>80</sup> Con este mismo criterio se designaron las múltiples variaciones del modelo, algunas de ellas utilizadas también de manera extensa en el ámbito internacional. La actual definición *BOT* abarca también la modalidad *DBFO* popularizada por la *PFI* y que traspasa también la financiación del activo al sector privado. Para más detalles sobre las distintas modalidades de esta fórmula puede verse el Cuadro 4 "Formas de participación privada", páginas 36 y 37.

liberalizadora predominante en Reino Unido y Estados Unidos a principios de los años ochenta, que determinó un cambio ideológico de influencia fundamental en la concepción del papel del Estado en la economía y en el diseño de las políticas públicas de provisión de bienes y servicios en las últimas dos décadas. Siguiendo el programa inicial de privatización liderado por Thatcher en Reino Unido numerosos gobiernos adoptaron políticas reformadoras de privatización en todo el mundo (Hodge, 2005: 2)<sup>81</sup>. Los países más prolíficos en términos de porcentaje de ingresos por privatizaciones respecto del PIB fueron Reino Unido, Nueva Zelanda y Australia (Parker y Saal, 2003; Hodge, 2003)<sup>82</sup>.

Ello dio lugar a un masivo crecimiento de toda clase de esquemas de colaboración así como tendencias en las políticas públicas relacionadas con ésta durante las décadas de 1980 y 1990 (Carroll y Steane, 2000: 42)<sup>83</sup>. Como señala la doctrina (Colman, 1989; Walzer y Jacobs, 1998), la expansión fue más obvia en los países de corte conservador con un serio compromiso con las políticas de privatización y reformas regulatorias –Estados Unidos, Reino Unido y Australia principalmente- aunque la tendencia alcanzó a la mayor parte de los países de la OCDE, incluso aquellos con gobiernos socialdemócratas (Kickert, Klijn y Koppenjam, 1997; Pollitt y Brouckaert, 2000; Klijn y Teisman, 2000: 84).

Otro aspecto fundamental en el proceso de expansión fue la variedad de tipos de colaboración que, en un ejercicio ciertamente pragmático que lo

---

<sup>81</sup> Hodge (2005: 2) señala que la mayor parte de estos programas de privatización consistieron en la venta de empresas públicas o *divestiture* en el ámbito de la provisión de servicios públicos esenciales, si bien en economías en vías de desarrollo como países del Este de Europa y Brasil se llevó a cabo la venta de cientos de miles de pequeñas empresas al sector privado dentro de masivos programas de privatización.

<sup>82</sup> Por otro lado, datos de la OCDE apuntan otros países con resultados destacados en este aspecto como Italia, Francia, Japón, España, México, Portugal y Alemania (Parker y Saal, 2003).

<sup>83</sup> Carroll y Steane (2000: 42) apuntan como dato interesante para aproximarnos a la dimensión alcanzada por la expansión de los proyectos de colaboración público-privada el resultado de una simple búsqueda en el servidor del Gobierno Federal de los Estados Unidos (GOVBOT) sobre páginas *web* relacionadas con los *public-private partnerships* que arroja cerca de 9000 sitios.

favorecería enormemente, se reprodujeron al calor de las particularidades organizativas y legales de los diferentes países, así como la especial incidencia de dichos esquemas en los ámbitos regional y local como medio de relanzar el crecimiento económico en áreas concretas. Todo ello propició igualmente la efervescencia en el debate científico y, en tal sentido, es innumerable la literatura sobre los distintos aspectos de la colaboración y su aplicación en los diferentes países, particularmente en el ámbito local (Andersen y Eliassen, 1993; Goetz y Clarke 1993; Harding, Dawson, Evans y Parkinson, 1994; Leonardi, 1995; Walzer y Jacobs, 1998, entre otros muchos)<sup>84</sup>.

Las tendencias de la colaboración fueron asimismo evolucionando en un contexto de progresión positiva del modelo dentro de las distintas políticas públicas existentes. Así, en los primeros años de los mandatos de Reagan y Thatcher el énfasis fue abrir el camino a la iniciativa privada, especialmente el sector empresarial, ofreciendo oportunidades de participación en aquellos sectores tradicionalmente gestionados directamente por las agencias públicas y cuya materialización consistió fundamentalmente, como hemos visto, en la reducción del tamaño del sector público a través de un masivo programa de privatizaciones (Carrol y Steane, 2000: 43).

Posteriormente, la tendencia vino marcada por la “Tercera Vía” de Blair consistente en la confianza en el sector privado en su más amplio sentido, esto es, cualquier agente no público incluyendo las asociaciones voluntarias, no ya como sustituto del sector público y único protagonista del desarrollo económico y social del país, sino como colaborador de éste (Carrol y Steane, 2000: 43) en una suerte de solución intermedia entre lo público y lo privado que incluyera la participación de cualesquiera sujetos públicos o privados que pudieran ofrecer *value for money (VFM)*.

---

<sup>84</sup> Un completo detalle de la literatura existente en la materia puede verse en en Carrol y Steane (2000: 43).

En la Unión Europea las fórmulas consolidadas en el Reino Unido en el seno de la *PFI* experimentaron una general acogida, extendiéndose de forma imparable a la mayor parte de los países en el desarrollo de sus propios programas para la implementación de proyectos de infraestructuras en diversos sectores, así como en el diseño de las grandes redes transeuropeas de comunicaciones que la propia Unión Europea ha promocionado como formas de cohesión regional y contribución al crecimiento y la competitividad europeas<sup>85</sup>.

Así, en Europa el desarrollo de proyectos con participación privada ha sido constante en los últimos años, alcanzando entre 2001 y 2008 un total de 37 billones de euros (Bn €) excluyendo a Reino Unido donde la cifra de inversión supera los 60 Bn €. En todo caso, la evolución temporal empieza a registrar un ligero descenso en el número de proyectos y el importe de la inversión desde que en 2005 se llegase al máximo con 8.9 Bn €. En cuanto a la distribución por países, y dejando a un lado al Reino Unido, España, Francia, ambos con 4.1 Bn €, Italia con 3.6 Bn € e Irlanda con 3.3 Bn € se encuentran a la cabeza de la inversión en contratos desde 2001 a 2008. No obstante, por lo que respecta a los proyectos licitados en 2007 es Italia la que lidera con diferencia este *ranking* con cerca de 30 Bn € de inversión<sup>86</sup>.

Los principales proyectos tienen relación con el sector del transporte, principalmente carreteras y autovías, infraestructuras ferroviarias y túneles y puentes (Välilä, Kozluk y Mehrotra, 2005: 18).

---

<sup>85</sup> La Comisión Europea ha jugado un papel fundamental en esta materia a juzgar por el énfasis que ha puesto en el uso de fórmulas de colaboración para la implementación de las *Trans European Networks (TENs)* en los sectores del transporte, la energía y las telecomunicaciones (Kinnock, 1998).

<sup>86</sup> Datos procedentes de DLA PIPER (2009), disponibles en:  
<http://www.dlapiper.com/global/media/detail.aspx?news=2009>.

CUADRO 6: PRINCIPALES PROYECTOS POR VALOR DE LA INVERSIÓN

PROYECTO	TIPO INFRAESTRUCTURA	PAIS	AÑO	€ Mill
Messina Strait Crossing	Puente	Italia	2006	3000
CSB toll road	Carretera	Grecia	2007	2100
City of Csurgo - sports facilities	Complejo deportivo	Hungría	2007	1350
Oosterweel Link	Túnel	Bélgica	2004	1300
HSL Zuid High Speed Raiway	Ferrocarril	Holanda	2001	1200
Corinth-Tripoli-Kalamata & Lefktro-Sparta roads	Carretera	Grecia	2007	1000
Corinth-Tripoli-Kalamata & Lefktro-Sparta roads	Carretera	Grecia	2008	1000
City of Devavanya - sport facilities	Complejo deportivo	Hungría	2007	885
Brescia-Milan Motorway toll road	Carretera	Italia	2005	860
Szekszard-Boiy-Pecs road	Carretera	Hungría	2007	855
A5 Ostregion autobahn	Carretera	Austria	2006	850
A2 Motorway, Nowy Tomysl - Konin	Carretera	Polonia	2004	840
Segarra Garrigues Irrigation Project	Canal	España	2002	800
Thessaloniki Metro, Phase One	Ferrocarril	Grecia	2005	798

Fuente: PFI in the UK and PPP in Europe 2009, UK Trade and Investment, Febreaury 2009.  
[www.IFSL.org.uk](http://www.IFSL.org.uk)

El entusiasmo por este último modelo y su posterior generalización por todo el mundo contó también con la decidida apuesta de las distintas organizaciones internacionales intergubernamentales por su desarrollo. En la Organización de las Naciones Unidas (ONU) el concepto de colaboración público-privada para la implementación de proyectos de cooperación al desarrollo está sólidamente arraigado sobre la base de un decidido protagonismo del sector privado en colaboración con agencias para el desarrollo y los gobiernos.

Desde la celebración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en Río de Janeiro en 1992<sup>87</sup>, denominada también “Cumbre de la Tierra” (*Earth Summit*), se produjo un giro sustancial en la concepción del desarrollo y la cooperación, dando entrada a la participación del sector privado en colaboración con los Estados y las Organizaciones Internacionales e involucrándolo en los objetivos y principios del desarrollo sostenible<sup>88</sup>. La definitiva concreción del compromiso con la colaboración público-privada para fines de desarrollo se materializó en la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible celebrada en Johannesburgo en 2002, adhiriéndose a las conclusiones de la Conferencia de Río y especificando, en cada uno de los ámbitos que contribuyen al desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza mundiales, la necesidad de promover la asistencia y colaboración de todas las instancias internacionales así como del sector empresarial<sup>89</sup>.

Bajo estos auspicios se desarrolló, por ejemplo, en 1994 el Programa de Desarrollo de las Naciones Unidas -*United Nations Development Program (UNDP)*- y el *World Business Council of Sustainable Development (WBCSD)* como programa global de colaboración público-privada para el desarrollo urbano y punto de partida de una creciente política de cooperación de los sectores público y privado para la financiación e implementación de proyectos

---

<sup>87</sup> Toda la información sobre la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en Río de Janeiro en 1992 está disponible en <http://www.unglobalcompact.org>.

<sup>88</sup> La Conferencia de Río fue la primera de una serie de cumbres internacionales dedicadas al análisis de los problemas derivados del desarrollo a la luz del nuevo fenómeno mundial de la globalización. Sus trabajos concluyeron con la adopción de cinco acuerdos fundamentales para el establecimiento de un sistema internacional de cooperación enfocado a asegurar la dimensión medioambiental de las políticas de desarrollo así como los mecanismos financieros necesarios para un desarrollo sostenible. Dichos acuerdos fueron: La Declaración de Río sobre Medioambiente y Desarrollo, El Programa 21, Los Principios Verdes o *Forest Principles*, La Convención de las Naciones Unidas para el Cambio Climático y La Convención sobre Biodiversidad. Los principios establecidos en la Declaración de Río tuvieron su continuidad con la iniciativa de las Naciones Unidas en 1999 denominada *Global Compact* y cuyo objetivo consistía en un compromiso concreto del sector privado con los principios del desarrollo sostenible enunciados en aquella. Definitivamente supuso el marco de actuación para la participación de las compañías privadas en las políticas de desarrollo y cooperación.

<sup>89</sup> Toda la información acerca del desarrollo y contenidos de la Cumbre está disponible en <http://www.johannesburgsummit.org/> y, en particular, los documentos de trabajo publicados pueden consultarse en [http://www.un.org/jsummit/html/documents/summit\\_docs.html](http://www.un.org/jsummit/html/documents/summit_docs.html).

relacionados con la regeneración de áreas urbanas, el desarrollo de zonas rurales o deprimidas cuyo objeto, en la mayor parte de los casos, incluye la construcción o mejora de sistemas infraestructurales (*United Nations Development Program*, 1997)<sup>90</sup>.

Entre 1990 y 2007 se produce un espectacular aumento de proyectos internacionales con participación privada para la creación de sistemas de infraestructuras en países en vías de desarrollo, alcanzando en 2007, según reporta el Banco Mundial, una inversión total de 158 billones de dólares estadounidenses en más de 4.000 proyectos<sup>91</sup>. La evolución es claramente creciente habiéndose incrementado cerca de un 25% en ese último año, del cual el 24% corresponde al incremento en inversión directa en activos físicos, hasta un total de 126 billones de dólares.

---

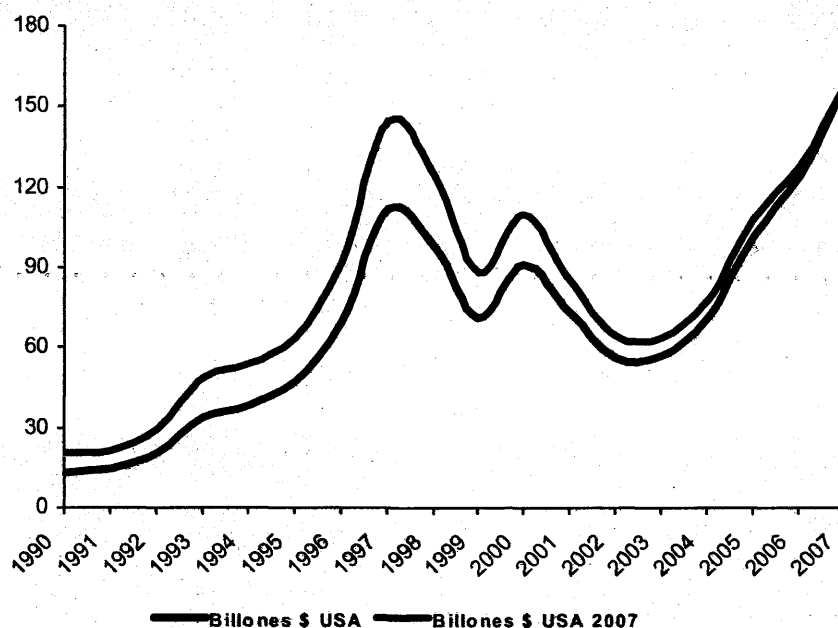
<sup>90</sup> Textos disponibles en: <http://www.undp.org/>.

<sup>91</sup> El importe total incluye la inversión directa en activos físicos como las transferencias de fondos de financiación a los correspondientes Gobiernos para la implementación de proyectos.



Veámoslo en la figura siguiente:

FIGURA 1: INVERSIÓN EN PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURAS CON PARTICIPACIÓN PRIVADA EN PAÍSES EN VÍAS DE DESARROLLO 1990-2007



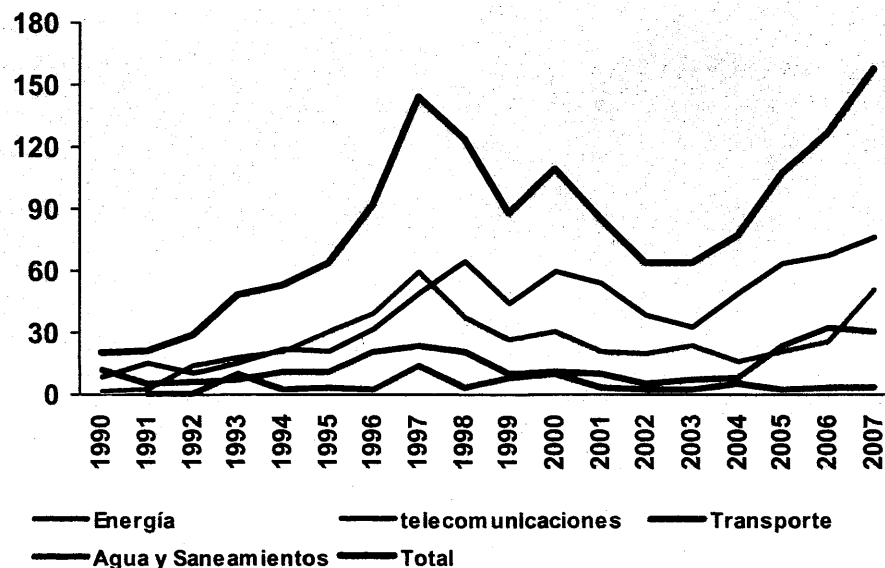
Fuente: World Bank and PPIAF, PPI Project Database<sup>92</sup>

Por sectores deben destacarse los proyectos en los ámbitos de las telecomunicaciones, la energía (electricidad y gas) y el transporte. El crecimiento en 2007 ha sido del 13 % (75 billones) en telecomunicaciones y del 96 % (50 billones) en energía, mientras que el transporte ha visto disminuida su inversión aunque permanece en su segundo nivel más alto desde 1990.

---

<sup>92</sup> La base de datos del Banco Mundial (*World Bank Global Database*) está disponible en [www.ppi.worldbank.org](http://www.ppi.worldbank.org).

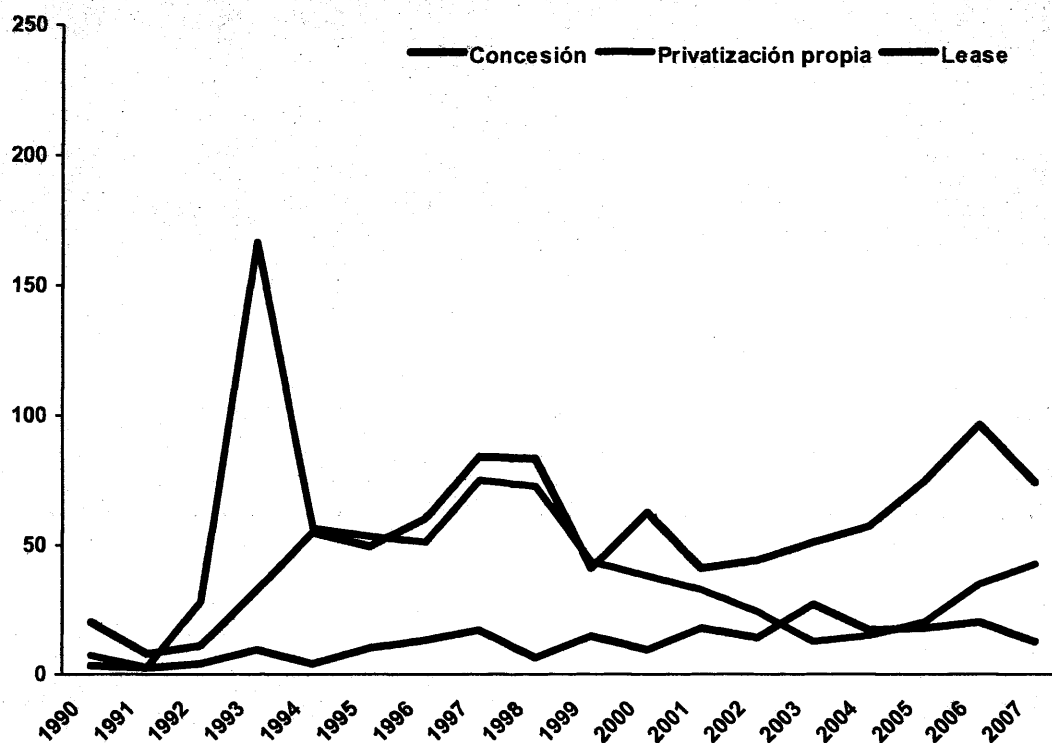
FIGURA 2: INVERSIÓN EN PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURAS CON PARTICIPACIÓN PRIVADA EN PAÍSES EN VÍAS DE DESARROLLO POR SECTORES 1990-2007



Fuente: World Bank and PPIAF, PPI Project Database

El número de proyectos alcanzó los 288 en 2007, con un importante incremento del 8 % en los sectores de telecomunicaciones y abastecimiento de agua y saneamiento. En cuanto al tipo de participación privada en los distintos proyectos se evidencia la importancia de esquemas concesionales, que representan el mayor número sobre el total, así como el de las colaboraciones cercanas a la privatización total (*diverstiture*) y, en menor medida, los contratos de arrendamiento (*lease*).

FIGURA 3: INVERSIÓN EN PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURAS CON PARTICIPACIÓN PRIVADA EN PAÍSES EN VÍAS DE DESARROLLO POR TIPOS 1990-2007



Fuente: World Bank and PPIAF, PPI Project Database

## CAPÍTULO TERCERO.- RASGOS CARACTERIZADORES DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA.

### I. LOS ELEMENTOS ESENCIALES DE LOS PPP: EL CARÁCTER RELACIONAL DEL CONTRATO Y LA TEORÍA DEL RIESGO.

#### 1. EL CARÁCTER RELACIONAL DEL CONTRATO

Toda relación de colaboración público-privada para la dotación de infraestructuras públicas puede identificarse por una serie de rasgos o elementos esenciales que la definen como tal y le dan su contenido específico como relación diferente de la contratación tradicional (HM Treasury UK, 1995)<sup>93</sup>.

El primero de ellos, y quizá podríamos decir que el más fundamental, es la naturaleza de la relación contractual entre las partes. Los aspectos esenciales que van a configurar el marco de derechos y obligaciones de las partes debe articularse necesariamente a través de una sólida arquitectura contractual que recoja las especificidades de cada proyecto, es lo que se denomina el diseño del contrato (Klein, 1998: 3). En un sentido amplio, el contrato deberá comprender todas las especificaciones que deban regir la vida de la relación de colaboración, básicamente, los derechos y obligaciones de las partes, por un lado, y los incentivos y riesgos por otro (Klein, 1998: 3).

El contrato se erige así en marco relacional para las partes y será esencial para el éxito de una colaboración público-privada (Dnes, 1995: 4). Y

---

<sup>93</sup> Los caracteres diferenciadores de los esquemas de *PPP* respecto de la contratación externa tradicional y su efecto sobre la mayor eficiencia en la provisión de infraestructuras y servicios se advierten de forma peculiar al analizar los fundamentos teóricos sobre los que se articuló la *PFI* británica, como expresión más generalizada de la filosofía de la colaboración y su aplicación a la práctica reciente. Así, la *PFI* opera en base a tres principios esenciales:

- El sector privado debe asumir riesgo de forma efectiva.
- Los proyectos desarrollados con el sector privado deben aportar *VFM*.
- Los sujetos privados deben ser seleccionados a través de un proceso competitivo.

el propósito de todo contrato de colaboración será establecer los términos clave en la relación entre el sector público y el contratista como son la gestión del riesgo, los parámetros de calidad exigible a los servicios, los acuerdos sobre resolución de conflictos y modificaciones que previsiblemente pueden ocurrir en una relación a largo plazo (Quick, 2003).

De acuerdo con su naturaleza contractual, este esquema persigue la definición previa de todas las condiciones que regirán la relación, como las obligaciones y derechos de las partes. Así, deben especificarse de forma detallada en el contrato las condiciones acerca de la obligatoriedad de prestación del servicio público y su continuidad o la igualdad de trato a los usuarios. Igualmente los elementos clave de dicho marco regulatorio -fijación de las tarifas, grado de competencia y objetivos o estándares mínimos de prestación del servicio- son definidos en el contrato de concesión o la licencia de operación (Gómez-Ibáñez, 2003: 29).

A lo largo de la vida del contrato estos términos se ejecutan y monitorizan, revisándose cada cierto tiempo su contenido para permitir la adaptación del esquema a los cambios de circunstancias del mercado y facilitar el eficiente desarrollo del servicio público. En tal sentido los contratos concesionales, o el marco legal que los regule de forma general, deberán garantizar a la autoridad pública cierto grado de discrecionalidad para gestionar con flexibilidad las eventualidades del contrato, sin llegar, en ningún caso, a la arbitrariedad decisoria contra la que el concesionario debe estar protegido mediante el oportuno procedimiento contradictorio ante los tribunales de justicia. Así, resulta habitual que la autoridad pública concedente se reserve ciertas prerrogativas como el derecho a modificar ciertos contenidos del contrato que pueden afectar a las obligaciones del concesionario o incluso resolver anticipadamente la relación contractual.

Sin embargo, en el contexto de una relación a largo plazo en la que dichas partes buscan un negocio compartido el contrato no puede especificar todas las previsiones que pueden requerirse en el futuro a la luz de las

posibles eventualidades que pudieran surgir, debiendo dejarse algunos aspectos abiertos a posteriores negociaciones cuando dichas contingencias aparezcan. Este carácter incompleto de las relaciones a largo plazo se erige ciertamente en su principal limitación en tanto que el contrato puede quedar obsoleto si las circunstancias iniciales cambian, resultando ineficiente la inclusión en el contrato de todas las contingencias o eventuales riesgos por los altos costes de transacción que supondría su negociación (Coase, 1937; Williamson, 1971; Klein, Crawford y Alchian, 1978)<sup>94</sup>.

Como se verá en la segunda parte del trabajo, el carácter incompleto de la relación es el principal inconveniente desde el punto de vista económico para el planteamiento de la concesión como solución regulatoria a las infraestructuras.

Cuando se hace dificultosa la previsión anticipada de los parámetros que han de regir la relación entre las partes<sup>95</sup> o inesperadas eventualidades o

---

<sup>94</sup> Como veremos más adelante al analizar la idoneidad económica de los esquemas de colaboración público-privada, la teoría de los contratos incompletos fue explicada inicialmente por Coase (1937) y revisada posteriormente por Oliver Williamson (1971), Douglas North y Robert Thomas (1973), entre otros, en el marco conceptual de los costes de transacción aplicado a la actuación de los mercados y los contratos. En el ámbito específico de las infraestructuras fue desarrollada posteriormente por autores como Klein, Crawford y Alchian (1978) que defendieron la idea de que el carácter incompleto de estas relaciones impide la redacción de contratos a largo plazo que eviten las ineficiencias provocadas por las inversiones específicas, abocando la relación entre proveedor privado y sector público a continuas negociaciones que elevan los costes de transacción y hacen ineficiente el esquema prestacional.

<sup>95</sup> La historia de las primeras concesiones municipales de abastecimiento de agua y gas durante el siglo XIX está repleta de ejemplos del carácter incompleto de tales relaciones y las consecuencias para el futuro de la concesión, normalmente marcado por complejas y controvertidas renegociaciones. Uno de los más estudiados ha sido el del servicio de abastecimiento de agua en la ciudad de San Francisco concesionado a la compañía *Spring Valley Water Company* entre 1857 y 1930. El principal problema que planteó el carácter incompleto del contrato de concesión fue la incapacidad de la compañía de prever anticipadamente el régimen de inversiones necesarias para acometer adecuadamente el servicio teniendo en cuenta las nuevas necesidades para la extinción de incendios así como para los nuevos desarrollos urbanos. El rápido crecimiento de la demanda provocó que las infraestructuras acometidas, en tanto previstas para un volumen de abastecimiento menor, se vieran incapaces de atenderla y la compañía optó por garantizar mínimamente el servicio a la población desatendiendo el suministro de agua para la extinción de incendios. Las quejas por el deterioro del servicio instó a la municipalidad a involucrarse directamente, primero exigiendo el total cumplimiento y, asimismo, planteándose recuperar la concesión. Tras largas disputas legales sobre el alcance del suministro al que se obligaba la compañía, las siguientes décadas presenciaron una continua renegociación de las condiciones del servicio

cambios de circunstancias respecto a las existentes en el inicio del contrato afectan a la vida de la concesión pudiendo hacerla financieramente inviable o ineficaz respecto al mantenimiento de los estándares de servicio pactados, con la consecuente incidencia en el servicio público, se plantean diversas alternativas para las partes: el cumplimiento respetuoso del contrato, la renegociación o la resolución y posterior licitación (Gómez-Ibáñez, 2003)<sup>96</sup>. La decisión tanto para el sector público como para el concesionario dependerá de las condiciones establecidas en el contrato, esto es, la factibilidad de su cumplimiento en relación con el nuevo contexto así como de la situación de ambas partes a la hora de negociar.

El contrato debe poder adaptarse a las posibles eventualidades que pudieran emerger durante la vida de la relación entre las partes y, para ello, debe confiar en la renegociación como solución a tales incertidumbres previendo en el contrato el marco que ha de regular tales negociaciones en lugar de intentar plasmar remedios específicos para contingencias previamente identificadas. En este sentido, siguiendo a Williamson (1979: 233-261) podemos considerar estos contratos como relacionales<sup>97</sup>.

---

y las tarifas entre las partes. La situación se complicó con el terremoto y posterior incendio de la ciudad en 1906, que además de dañar las infraestructuras existentes se agravó en sus consecuencias por las deficiencias de suministro para el servicio de extinción de incendios. El municipio decidió entonces resolver la concesión y asumir directamente el servicio una vez estudiadas otras alternativas de suministro como fue la construcción de una presa en el Parque Nacional de Yosemite y la correspondiente canalización hasta la ciudad. Sin embargo la compañía exigió, para continuar con el servicio, un compromiso de la municipalidad de compensar el coste de las nuevas inversiones que la ciudad necesitaría hasta que el futuro suministro llegara. Finalmente, se alcanzó un acuerdo sobre el precio a pagar a la compañía para resolver la concesión en 1930.

<sup>96</sup> Este dilema se planteó, por ejemplo, en el conocido caso de los ferrocarriles en Argentina entre 1995 y 1997 durante el mandato del presidente Menem y tras su ambicioso programa de privatizaciones. Un detallado estudio del caso puede encontrarse en Gómez-Ibáñez (2003: 85-108).

<sup>97</sup> En relación con el carácter incompleto de las relaciones Williamson (1979: 233-261) distingue tres tipos de contratos:

- a) El contrato clásico: pretende describir anticipadamente todas las contingencias futuras de la relación y proveer las soluciones específicas para cada una de ellas. En la mayoría de los casos resulta ser un modelo irreal y poco práctico, únicamente aplicable a relaciones simples y de corta duración.

Este carácter relacional propio de los contratos a largo plazo impone la renegociación entre las partes como una consecuencia intrínseca a la propia naturaleza de la relación y por ello necesaria para una eficiente articulación contractual de la misma evitando los excesivos costes de transacción que derivarían de una pretensión comprensiva de la totalidad de matices susceptibles de ser regulados en el seno de un compromiso a largo plazo (Engel, Fischer y Galetovic, 2003)<sup>98</sup>. Es precisamente esta relación causal la que inspira posiciones contrarias a la participación privada en aquellas relaciones marcadamente incompletas

En la década entre 1980 y 1990 el recurso a la renegociación como solución anticipada a la expiración del plazo de vigencia de los contratos de concesión, como fórmula más extendida de colaboración público-privada, se generalizó frente a otras alternativas. Un estudio de Guasch (2002) sobre una muestra de aproximadamente un millar de concesiones en Latinoamérica y Caribe adjudicadas entre 1982 y 2000 en diferentes sectores infraestructurales demostró un alto ratio de renegociaciones<sup>99</sup>, en parte debido a su carácter pionero, aunque también a factores propios de política pública.

- 
- b) El contrato neoclásico: reconoce la cualidad incompleta de la relación contractual y para la cobertura de las posibles eventualidades incorpora previsiones acerca de terceras partes, habitualmente alguna instancia arbitral, para la solución de determinados tipos de disputas o conflictos. El arbitraje resulta un medio más flexible que la litigación tradicional, pero las condiciones en que debe desarrollarse así como las circunstancias o factores que los árbitros podrán considerar deben estar especificados previamente en el contrato.
  - c) El contrato relacional: se adapta a las incertidumbres propias de cualquier relación a largo plazo y, para ello, confía en la renegociación como cobertura para tales incertidumbres previendo en el contrato las reglas generales para el establecimiento de tales negociaciones en lugar de anticipar soluciones específicas para todas las eventuales contingencias.

<sup>98</sup> La cuestión es abordada también por la doctrina (Engel, Fischer y Galetovic, 2003) enfatizando un origen exógeno a la propia naturaleza de la relación que se sitúa en razones más relacionadas con la manifestación de malas prácticas administrativas como la corrupción o la incompetencia, así como en consideraciones de índole presupuestaria como la expansión del gasto y su anticipación temporal con finalidades electorales evitando las restricciones presupuestarias.

<sup>99</sup> Guasch (2002) concluyó que en los sectores de transporte y agua y saneamientos el porcentaje de renegociaciones había sido del 55% y 75% respectivamente. En telecomunicaciones y electricidad, por el contrario, en los que la regulación discrecional es



Sin embargo el recurso a la renegociación tiene lugar sin la presencia de la licitación pública que se lleva a cabo en la adjudicación inicial del contrato por lo que supone un riesgo para la credibilidad del propio sector público concedente ante el mercado y la opinión pública pues pone de manifiesto que la licitación original pudo no ser acertada. Esta razón ha sido esgrimida por los detractores de la participación privada en la regulación de las infraestructuras, alegando que la necesaria renegociación y la posición ventajosa del concesionario al negociar, avocaría siempre tales relaciones a una conducta oportunista por parte de éste.

En todo caso se recurre a la renegociación con el concesionario ante el peligro de continuar con una relación contractual obsoleta que podría dañar el servicio público. Como señalan Engel, Fischer y Galetovic (2003: 2) “no todas las renegociaciones son negativas en sí mismas: la flexibilidad para adaptar las condiciones del contrato puede ser socialmente deseable. Lo difícil es establecer en un contrato los mecanismos para permitir las renegociaciones que son deseables y evitar las que son oportunistas”<sup>100</sup>.

Por las razones apuntadas, los contratos relacionales deben concebirse como aplicables únicamente en aquellos casos en que existan mecanismos protectores extra contractuales para evitar los comportamientos oportunistas de las partes en el proceso de renegociación, en particular, en el ámbito de las relaciones que requieren significativas inversiones específicas como las infraestructuras (Crocker y Masten, 1996).

---

más común sólo se evidenció renegociación en un 1% y 5% respectivamente de las concesiones licitadas.

<sup>100</sup> No obstante, se constata excesivo afirmar lo inevitable de las renegociaciones por el carácter incompleto de la relación concesional y, más bien, se ponen de manifiesto presiones externas para la licitación de contratos de concesión en contextos altamente incompletos que aconsejarían otro tipo de regulación más estable como la discrecional. En tal sentido, la opción por la renegociación deberá analizarse a la luz de las inversiones específicas realizadas en la concesión que determinarán los incentivos para su apropiación así como el margen para la actuación oportunista (De Bettignes y Ross, 2004; Grossman y Hart, 1986; Hart y Moore, 1990, Hart, 2002). Sobre este aspecto de incidirá en la segunda parte del trabajo.

En este sentido, una protección ajena al contrato muy habitual para este tipo de relaciones es la confianza mutua entre las partes y la probidad en la conducción de sus acciones para descartar su actuación oportunista. Significa ello que la reputación de las partes en su actividad contractual resulta importante en tanto se pretenda continuar con un compromiso de futuras relaciones entre ellas y dicho interés reduce la posibilidad de oportunismo.

Precisamente la lealtad entre las partes como base de las relaciones y su conducción a través de reglas y procedimientos de probidad marca el sustrato esencial de la colaboración público-privada como estrategia de regulación. Por ello será decisivo tener en cuenta el carácter relacional de este tipo de esquemas colaborativos a la hora de establecer su regulación en tanto que, como hemos visto, su naturaleza dista mucho de la de las relaciones contractuales más habituales y su naturaleza colaborativa deberá potenciarse para que actúe como mecanismo de protección contra las actuaciones oportunistas.

Por otro lado, la propia concepción del proceso competitivo de licitación conducente a la elección del socio privado vendrá también determinada de forma decisiva por la relación colaborativa a largo plazo que unirá a las partes de manera peculiar durante la vigencia contractual (Klein, 1998: 2).

Los métodos de selección son variados y admiten asimismo multitud de opciones para su diseño e implementación de forma pormenorizada, si bien, pueden reducirse básicamente a tres categorías principales: licitación competitiva, negociación directa y negociación competitiva. La mayoría de los países optan por métodos de licitación competitiva, si bien aparecen numerosos ejemplos ilustrando otras alternativas<sup>101</sup>.

---

<sup>101</sup> Así, En Reino Unido por ejemplo, aún reconociendo el papel central de la competición, se admite que sus formas varíen de acuerdo al valor y complejidad de los proyectos concretos admitiendo cierto grado de flexibilidad en los procedimientos que abra la posibilidad a propuestas de negociación directa o competitiva dentro del marco de la *PFI* en orden a

Y es que la importancia que en esta clase de relación adquieren las características personales de los sujetos intervinientes, su experiencia en relaciones similares anteriores y su compatibilidad para entablar una base cooperación duradera y estable sustentada precisamente en la mutua confianza será de capital relevancia en orden a la selección de los socios y la negociación del marco fundamental de la relación (Kerf, Gray, Irwin, Levesque y Taylor, 1998: 108).

Ello ha motivado la solicitud de un tratamiento diferenciado respecto de los procesos de selección habilitados en formas de contratación, como los tradicionales contratos de obras o servicios, que no engloban una propuesta de tipo relacional y que, por tanto, no deben atender a aspectos eminentemente personales de los licitantes (Kerf, Gray, Irwin, Levesque y Taylor, 1998: 108).

Se busca la primacía de mecanismos de negociación que doten a los procesos competitivos de la suficiente flexibilidad en las propuestas de los licitantes y en la articulación de las complejas implicaciones que emanan de una relación comercial de tal índole<sup>102</sup>. Estas fórmulas, sin embargo, son vistas por algún sector como contrarias al propio sentido de la competitividad y, en su opinión, contribuirían a desvirtuar los efectos beneficiosos de la

---

estimular la innovación (HM Treasury UK, 1994). Por otro lado, el Banco Mundial señala ejemplos de procesos de negociación directa en Reino Unido, Estados Unidos, Australia y Filipinas, y documenta la utilización de procedimientos de negociación competitiva en diversos estados de Estados Unidos y en Hong Kong. En la Ley BOT de Filipinas de 1994 se contempla la admisión de proposiciones no solicitadas o a iniciativa privada (*unsolicited proposals*) en el seno de un procedimiento de base negociada cuando concurren determinadas condiciones. Como novedad se destaca que las proposiciones deberán someterse a un *test* comparativo de precios entre competidores potenciales denominado *Swiss Challenge* (Kerf, Gray, Irwin, Levesque y Taylor, 1998: 110-111).

<sup>102</sup> En este sentido se propone la generalización de técnicas como el “diálogo competitivo” o el “procedimiento negociado” para presidir la conducción de los procesos competitivos de selección de sujetos privados colaboradores con el sector público. Es el caso de la Unión Europea que, a través de la Directiva 2004/18/CE que preveía dicho procedimiento para la adjudicación de los contratos particularmente complejos, y basándose en los principios recogidos en la *Carta del Diálogo Competitivo* firmada en París el 18 Enero de 2007, estableció el diálogo competitivo como procedimiento flexible que, preservando la competencia entre operadores económicos, atienda la necesidad de las autoridades contratantes de fijar de forma negociada todos los aspectos del contrato con cada candidato.

competencia *ex ante* tan necesarios para la consecución del objetivo de eficiencia.

Klein (1998: 2) fundamenta las dos posturas del debate a través de acertadas analogías con las relaciones matrimoniales. Así, los defensores de un procedimiento especial para los contratos concesionales que atiendan a la especialidad de la relación y eviten el generalismo de una licitación competitiva ordinaria dirían que “no es el número de pretendientes y el tamaño de la dote lo que importa para que un matrimonio tenga éxito”<sup>103</sup>. Por otro lado, una conocida rima alemana ilustra la tesis contraria: “quien vaya a contraer una promesa eterna debe comprobar que no existe un compañero mejor”<sup>104</sup>.

La perspectiva acerca de la mejor manera de licitar concesiones continúa, sin embargo, abierta al debate. Algunos preferirían poner en práctica reglas fijas propias establecidas para los procedimientos de contratación de obras o suministros, que en la mayoría de los países requieren alguna forma de licitación competitiva excepto en casos especiales. Otros, por el contrario, discrepan al considerar que tales contratos difieren sustancialmente de los de obras y suministros en tanto implican relaciones a largo plazo y no simplemente una única transacción (Klein ,1998: 2) .

En cualquier caso, sea cual sea el procedimiento elegido los poderes públicos deben ser conscientes de la relevancia que para la transparencia y eficiencia de la concesión tienen sin duda los procesos de licitación y adjudicación (Kerf, Gray, Irwin, Levesque y Taylor, 1998: 109-112).

---

<sup>103</sup> “*It is not the number of suitors and the size of the dowry that truly matters for a successful marriage*”, en el original (Klein,1998: 2).

<sup>104</sup> “*Drum pruefe wer sich ewig bindet, ob er nicht noch was bess'eres findet*”, en el original (Klein,1998: 2).

## 2. LA TEORÍA DEL RIESGO.

Las incertidumbres propias de una relación incompleta a largo plazo se traducen en riesgos para el proyecto que deberán ser adecuadamente gestionados por las partes en el caso de que finalmente se materialicen y amenacen su viabilidad; la gestión de los riesgos se erige así en parte central de cualquier acuerdo de colaboración público-privada debiendo los participantes en el contrato reconocer los riesgos involucrados, intentar mitigarlos y asignarlos a la parte que mejor pueda asumirlos (Van Ham y Koppenjam, 2001).

La provisión de infraestructuras expone al inversor privado a un gran riesgo dado el elevado coste para su construcción y el largo periodo necesario para la recuperación de la inversión (Irwin, Klein, Perry y Thobani, 1999: 229). Asimismo, su especial naturaleza aporta riesgos adicionales a los propios de cualquier proyecto de inversión; por un lado la imposibilidad de utilización de los activos en otras funciones, salvo a un gran coste, así como su directa relación con la prestación de un servicio de carácter esencial, habitualmente en régimen de monopolio, pueden facilitar un comportamiento oportunista por parte del Estado (Irwin, Klein, Perry y Thobani, 1999: 230).

La mitigación de esta eventualidad puede conducirse, con carácter previo a la realización de las inversiones, mediante el establecimiento de procedimientos contractuales que configuren unas reglas de probidad entre las partes como garantía de tratamiento justo y leal en el desarrollo de las relaciones.

Según nos indica Weitzman (2003: 5-22), en el contexto contractual probidad significa “buen procedimiento”, conducido con claridad, honestidad lealtad e imparcialidad, sin tendenciosidad o sesgo hacia ninguna de las partes. Las reglas de probidad establecen un procedimiento para llevar a cabo la licitación y provee un marco en base a cual los licitantes

decepcionados pueden impugnar la adjudicación del contrato. Los principios sobre los que se asienta son:

- Integridad y lealtad procedimental.
- Objetividad e independencia en la toma de decisiones.
- Confidencialidad.
- Información pública.

Esta conducta, propia de las relaciones de colaboración, actúa como medio de protección y evitación de gran parte de los riesgos previstos al inicio del proceso inversor de un proyecto al igual que actuaba como garantía contra las conductas oportunistas en las renegociaciones propias de las relaciones a largo plazo, tal y como veíamos en el apartado anterior. De ahí la importancia de la relación leal y honesta entre las partes que aporta la filosofía colaborativa.

En momentos posteriores al proceso inversor, sin embargo, aumenta la posibilidad de incumplimientos de los compromisos iniciales o comportamientos interesados que puedan afectar a los ingresos previstos por el sujeto privado, haciéndolos excesivamente sensibles a la conducta de la Administración, y ello conlleva, en no pocas ocasiones, la exigencia de garantías públicas por las que el Estado asume todo o parte del riesgo condicionando su beneficio a las variaciones de éste.

Sin embargo, una inadecuada o excesiva prestación de garantías amenaza con minar la efectividad misma de un esquema de privatización por cuanto la asunción por el Estado del riesgo de fracaso del proyecto puede apaciguar los incentivos del inversor privado para la elección sólo de proyectos rentables y su ejecución eficiente. Así, con la garantía de que el Estado asumirá las consecuencias en caso de que el proyecto fracase, el sujeto privado podrá elegir proyectos poco rentables o con baja viabilidad y su actuación no se verá incentivada para conseguir resultados eficientes que aseguren el éxito del mismo (Irwin, Klein, Perry y Thobani, 1999: 230).

Este planeamiento inadecuado de las garantías públicas mitiga en necesario riesgo que el concesionario privado debe asumir en un esquema concesional y conducirá a la participación privada únicamente en aquellos proyectos en los que la Administración garantice el buen fin de los mismos desde el punto de vista de la rentabilidad del socio privado y los inversores. De esta manera el Estado garantiza la viabilidad de los proyectos asumiendo los costes en caso de falta de rentabilidad para el socio privado o *default* del proyecto, lo que lleva a una situación injusta e ineficiente que sitúa los proyectos concesionales a riesgo y ventura de la Administración pública concedente (Ruíz Ojeda, 2002: 176).

Asimismo, las garantías públicas pueden suponer la carga de un coste y riesgo excesivos sobre los contribuyentes o usuarios teniendo en cuenta las dificultades para calcular el grado de exposición de la Administración a las sucesivas responsabilidades financieras derivadas de aquellas y que en momentos de crisis económica pueden hacerse exigibles simultáneamente (Merton, 1978).

Visto lo anterior, en lugar de establecer garantías públicas los gobiernos deben orientarse a la implementación de una políticas conducentes a la reducción de los riesgos en los proyectos de inversión y la mitigación de sus efectos mediante una efectiva asignación entre las partes intervinientes, aumentando así su atractivo para los inversores privados (Irwin, Klein, Perry y Thobani, 1999: 230).

El espíritu que reside en la colaboración privada para la provisión de infraestructuras y servicios públicos tiene que ver con el traslado al sector privado de la responsabilidad sobre el proceso de producción que subyace bajo dichos servicios para que su provisión sea más económica y/o de mejor calidad mediante su acción sobre los activos que sustentan esos servicios. Partiendo de la idea básica de que los esquemas de colaboración consisten en la provisión de servicios al Estado por un sujeto privado y no la contratación de infraestructuras, desplazando el énfasis a los servicios en

lugar de la construcción de activos, el Estado pagará por los servicios desarrollados por el sector privado, cumpliendo éstos los estándares de calidad preestablecidos en el contrato, y que se sustentan físicamente en activos o infraestructuras que formarán parte del contenido del servicio que se provee (UK Nacional Audit Office, 1998).

La participación alcanza diversas instancias: la asunción de la gestión del proyecto (*project management*) sobre la construcción del activo en tiempo y precio fijos aumenta el incentivo del constructor para minimizar los costes, la responsabilidad sobre el diseño de los activos (*design of the asset*) induce al privado a potentes incentivos para la innovación aumentando la calidad y reduciendo los costes, lo mismo que su implicación exclusiva en la explotación u operación del activo mediante la prestación del servicio (*operation of the asset*) y, por último, el traslado de los riesgos financieros (*financial risks*) del proyecto incentivan su minimización (Pollitt, 2000: 16 y 17).

Esta implicación del sujeto privado en la totalidad del proceso de producción muestra dos caras interrelacionadas que determinan de forma decisiva la conceptualización de las formas colaborativas y su distinción respecto de la contratación pública estándar: por un lado le impone la asunción de todos los riesgos derivados de dicho proceso excepto aquellos que el Estado retenga en virtud de consideraciones de eficiencia, pero al mismo tiempo le otorga la necesaria libertad en el diseño, ejecución y operación de los activos sin pautas predeterminadas por el sector público, salvo los requisitos de calidad en los servicios finales, de modo que se posibilite la introducción de los índices de innovación y eficacia de gestión necesarios para un coste efectivo del proyecto.

Ambos aspectos, adecuadamente ponderados e implementados, contribuirán al logro final de la eficiencia en términos de coste que determinará en última instancia la elegibilidad de un modelo de colaboración privada sobre las fórmulas habituales de provisión pública. Así, a diferencia del modelo de contratación tradicional en el que la autoridad pública



especifica los *inputs* o pautas requeridas para la ejecución o prestación del contratista, los *PPP* tienen un enfoque de *outputs* u objetivos. La autoridad especifica los objetivos o requerimientos cualitativos del servicio final más que el diseño o el modo de construcción de un activo, evitando así retomar el riesgo del proyecto y ahogar las posibilidades de innovación (Välilä, 2005: 100; Dewatripont y Legros, 2005: 133).

Como señala Quick (2003) “en su gestión por el sector público los proyectos *PPP* requieren ante todo una postura vigilante pero sin intervención directa (*“eyes on, hands off”*)”<sup>105</sup>. Con ello el sujeto público se libera de la asunción de todos los riesgos inherentes o asociados a los activos (como el diseño, la construcción, la operación o el valor residual) que corresponderán al sujeto privado como proveedor del servicio. En cualquier caso, riesgo y prima van siempre juntos y cuanto más riesgo se traslade al sector privado mayor será la prima que éste imponga al sector público por su exposición al mismo, teniendo en cuenta además que algunos riesgos son de difícil evaluación dificultando la apreciación de si la prima de riesgo es razonable respecto del riesgo asumido.

Bajo estas premisas todos los riesgos del proyecto se asignan inicialmente al sujeto privado, y corresponde al Estado decidir qué riesgos, de acuerdo con las exigencias del *VFM* y la propia naturaleza colaborativa de la relación, deberá asumir él en orden a una adecuada asignación de riesgos<sup>106</sup>. Esta asunción por el Estado en segunda instancia o *take-back* se configura como una decisión gubernamental explícita para el reparto de unos riesgos que, de otra manera, habrían recaído en la parte privada, y debe distinguirse de la asunción inconsciente o no deliberada por el Estado que trae causa en

---

<sup>105</sup> Literalmente la expresión puede traducirse como “ojos alerta, manos fuera” (Quick, 2003)

<sup>106</sup> Bajo el más común esquema de la *PF* el sector privado diseña, construye, financia y opera instalaciones basándose en las especificaciones de objetivos establecidas por el sector público. Estos proyectos necesitan alcanzar un efectivo traslado del riesgo para asegurar el *value for money* en la utilización de los recursos públicos antes de ser acordados (Allen, 2001).

comportamientos que comprometen el adecuado proceso de asignación (Partnerships Victoria, 2001: 8).

En este sentido, las responsabilidades no delegables del Estado en la contratación con el sector privado que provienen de la provisión de los servicios esenciales y la responsabilidad ante los usuarios por los servicios que presta el concesionario (*non delegable duties*) determinan una posición preferente del Estado frente al riesgo que determina su asunción en segunda instancia (el llamado “efecto *take-back*”) (Partnerships Victoria, 2001: 9).

La regla esencial en este contexto es que sólo se transfieran al sector privado aquellos riesgos respecto de los cuales está más capacitado o en mejor posición para manejarlos adecuadamente (construcción, operación...) pasando al sector público la responsabilidad sobre los que tenga peor aproximación, considerando que un mayor traslado de riesgos o el de aquellos que el privado no maneje eficientemente supondrá el cargo por éste de una prima de riesgo más elevada que incrementará el coste final del servicio a pagar por el Estado y amenazará el objetivo de eficiencia del proyecto (HM Treasury UK, 1995).

En este sentido, la asignación de riesgos en un esquema de colaboración se articula a través de dos aspectos críticos: la capacidad de las partes para asumir el riesgo y el grado en que cada una puede controlar o influir en el objetivo que se ve bajo riesgo, debiendo asignarse a la parte o agente que más control ejerza sobre él y que pueda gestionarlo con un menor coste (bien porque más fácilmente pueda asegurarlo o mitigar sus consecuencias o porque lo distribuya entre un mayor número de sujetos a su vez) (Irwin, Klein, Perry y Thobani, 1999: 234). Así lo reconoce la doctrina del Tesoro Británico al señalar que “el Gobierno reconoce que el riesgo debe ser asignado a aquel que mejor pueda gestionarlo” (HM Treasury UK, 1995).

Existen diversas teorías acerca de la óptima asignación del riesgo. Una de las más utilizadas se basa en el llamado “principio Abrahamson”, que

propugna que el riesgo debe ser asignado a la parte que mejor pueda gestionarlo. Bajo dicho principio una parte asumirá riesgo cuando (Abrahamson, 1982):

- a) el riesgo está bajo su control.
- b) pueda transferirlo a través de aseguramiento o como prima en los servicios que preste y sea la forma más económica.
- c) ostente los beneficios de asumir el riesgo.
- d) su asunción resulte más eficiente.

Sin embargo, estos factores no siempre coinciden, y en la búsqueda de ese equilibrio intervienen también otros aspectos que deben ser tenidos en cuenta como los incentivos para reducir el riesgo, los costes transaccionales de asignación o consideraciones de credibilidad (Irwin, Klein, Perry y Thobani, 1999: 236).

Mención especial merece la transferencia de riesgo financiero al sector privado en tanto que un traslado suficiente contribuirá a asegurar el *value for money* del proyecto al encontrarse aquel en mejor posición para gestionarlo y alcanzar una adecuada asignación de los riesgos. El riesgo de financiación del proyecto afecta a la provisión de un paquete financiero económicamente viable para el mismo, incluyendo el riesgo en la provisión de la financiación necesaria o *external risk*, y el de las posibles fluctuaciones de los tipos de interés que afecten al servicio de deuda, *interest rate risk* (Allen, 2001).

En este sentido Pollitt (2000: 17) señala que dado que los pagos del Estado por los servicios dejan al sector privado la responsabilidad sobre la financiación de la inversión en los activos y la asunción del coste del capital, el traslado del riesgo financiero del proyecto a éste permite a los mercados de capital valorar dicho riesgo potenciando los incentivos del sujeto privado no existen en el caso de provisión pública con financiación proveniente del Presupuesto ya que el precio de la financiación pública no refleja el riesgo de proyectos individuales.

Si el riesgo financiero de un proyecto relativo a servicios públicos no puede ser transferido al sector privado, deben encontrarse otras formas de *partnership* distintas de un esquema de *PFI* (por ejemplo un *Design, Build and Operate (DBO)* que no requiera financiación privada). En todo caso, el argumento esgrimido a favor de la *PFI* en el sentido de que proporciona *value for money* a través del sustancial traslado del riesgo al sector privado debe ser matizado para señalar que únicamente lo asegura mediante la óptima asignación de los riesgos (Maguire y Malinovitch, 2004:28; Allen, 2001) .

Las grandes categorías de riesgos son variadas, reconociéndose como más habituales en el ámbito de las infraestructuras: el riesgo político (*political risk*), el riesgo regulatorio (*regulatory risk*), el riesgo comercial (*comercial risk*) y el riesgo de demanda y construcción (*demand and construction risk*) (Irwin, Klein, Perry y Thobani, 1999: 237). En plano más concreto pueden identificarse las siguientes categorías: el riesgo del terreno (*site risk*), el riesgo de diseño y construcción (*design and construction risk*), el riesgo financiero y de la sociedad concesionaria (*financial and sponsor risk*), el riesgo de explotación u operacional (*operacional risk*), el riesgo del mercado (*market risk*), el riesgo de las redes dependientes o las prestaciones del socio privado (*network and interface risk*), el riesgo legislativo y político (*legislative and political risk*), la fuerza mayor (*force majeure risk*), y el riesgo residual del activo (*asset ownership risk*) (Partnerships Victoria, 2001: 41-112).

No obstante, la conceptualización específica del riesgo en u proyecto *PPP*, su incidencia en la esfera pública y, en particular, el análisis de los riesgos asumidos por el Estado es más compleja y aparece desarrollada de forma precisa en el material de guía desarrollado por países como Reino Unido o Australia para la implementación de los esquemas de colaboración.

Las principales categorías de riesgos que deben ser asumidas, en mayor o menor medida, por el Estado son las siguientes (Partnerships Victoria, 2001):

1. Riesgos del proyecto específicamente asignados al Estado en el contrato.
  - Riesgo medioambiental.
  - Riesgo arqueológico o de patrimonio cultural.
  - Derechos de comunidades o terceros sobre los terrenos.
  - Cambios legales o en políticas públicas.
  - Cambios en la red de servicios o infraestructuras dependientes o *network risk*.
  - Valor residual del activo.
  - Riesgos relativos a la sociedad vehículo o *sponsor risk*.
2. Riesgos derivados de incertidumbres en el momento de contratar.
  - Riesgos que no han sido identificados al momento de contratar.
  - Riesgos conocidos pero no asumidos por ninguna de las partes por la dificultad para su asignación.
3. Riesgos inherentes al Estado.
  - Riesgo residual relativo a los riesgos asumidos por la parte privada; el *interface risk*. Incluye el impacto negativo que sobre la provisión de los servicios esenciales a cargo del Estado puede tener la inadecuada prestación por el privado de los servicios contratados.
  - Riesgos derivados de una ineficiente gestión contractual por el Estado. Incluye las consecuencias de una fallida gestión del contrato, incluyendo la inadecuada prestación por cualquiera de las partes de sus obligaciones.
    - a. *Take-back risk*: asunción de las consecuencias financieras de los riesgos originalmente asumidos por la parte privada.
    - b. Utilización ineficiente por el Estado de las prestaciones del privado para cumplir sus objetivos.

4. Riesgos asociados a la modificación de las previsiones contractuales.

- Modificaciones a iniciativa del Estado en el diseño del proyecto o en las obras durante la fase de construcción.
- Variaciones en las especificaciones de los servicios durante la fase operacional.

Sobre esta base teórica se establecería la óptima asignación de los riesgos en un proyecto PPP si bien su especificada y complejidad requiere indefectible el análisis caso a caso para la adecuada valoración de la eficiencia del esquema propuesto y la elaboración de una matriz de asignación de riesgos para la identificación de los posibles riesgos eventualmente presentes en cada fase del proyecto y la posición preferente del Estado respecto a ellos (Partnerships Victoria, 2001: 23).

## II. HACIA UNA NUEVA CONCEPCIÓN DEL ESTADO: LA PERSPECTIVA DE LA GOBERNANZA.

### 1. PPP Y GOBERNANZA: UN ENFOQUE GENERAL.

De acuerdo con la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (*United Nations Economic Commission for Europe* (UNECE), 2005), la gobernanza puede definirse en un sentido amplio como el ejercicio de la autoridad política, económica y administrativa para gestionar los asuntos de interés nacional. También se refiere a la importancia de las instituciones, la interacción entre los diferentes niveles de gobierno en un Estado, la interacción entre la sociedad, incluidas las organizaciones no gubernamentales y la empresa, y el Estado.

En el plano internacional supone la interacción entre los diferentes Estados, incluyendo el importante papel de las organizaciones internacionales. Según la propia Comisión la gobernanza es una condición esencial para la estabilidad y seguridad económicas así como un componente clave para la acción económica sostenible, particularmente en las economías

de transición. Por el contrario una pobre gobernanza se relaciona directamente con un menor crecimiento económico (UNECE, 2005).

La gobernanza se refiere así a la forma en que los procesos de acción pública deben seguirse; se centra en cómo se hacen las cosas y no únicamente en las cosas que se hacen (UNECE, 2008: 13). Por ello abarca la calidad de las instituciones y su efectividad en el traslado de las políticas públicas a una práctica exitosa, entendiendo que aquellas, además de establecer sistemas de reglas y procedimientos de carácter formal también tienen en cuenta las obligaciones informales o consuetudinarias –creencias arraigadas, normas sociales, tradiciones- que, en último término caracterizan las interacciones humanas en su conjunto.

De entre la extensa literatura existente acerca de los *PPP* y las relaciones de colaboración muchos son los autores que han explorado, además de su importante papel respecto de la provisión de bienes y servicios, su naturaleza como acuerdos de gobernanza y su incidencia en la elaboración de las políticas públicas de las que, a su vez, son producto (McLaughlin y Osborne, 2000: 324). Así, abundan los estudios sobre gobernanza y *PPP*, esto es, la interrelación entre ambos conceptos y la importancia de tal perspectiva para el análisis de los *PPP* en todo su alcance, analizando desde el contexto doctrinal general sobre los modelos de gobernanza, especialmente en el ámbito local y urbano (Stone, 1993; Pierre y Peters, 2000; Kooiman, 1993) hasta su aplicación específica a las relaciones de colaboración (Stoker, 1998; Mohr, 2004; McLaughlin y Osborne, 2000; Murray, 1998, Klijn y Teisman, 2000).

Según Kickert *et. al.*, (1997: 1-13) el debate se centra entonces en el marco teórico de la gobernanza pública basado en un modelo plural de elaboración e implementación de políticas públicas, y la incidencia de los *PPP* en su desarrollo, especialmente en el ámbito local. En este sentido, la perspectiva de la gobernanza se muestra en una doble dimensión:

- a) Por un lado, contempla la existencia de un complejo entramado de sujetos que coexisten con el Estado y contribuyen a la toma de decisiones e implementación de políticas públicas (Stone, 1993). Su importancia es puesta de manifiesto por la doctrina hasta el punto de condicionar la eficacia misma de los *PPP* a una adecuada cooperación entre los distintos actores sociales y la combinación entre las capacidades públicas y los recursos de la sociedad civil (Stoker, 1998). Como señalan Clarke y Stewart (1998) este enfoque sobre gobernanza local (*community governance*) por los sujetos participantes en los *PPP* se erige en requisito esencial de una política pública efectiva y solvente.
- b) En segundo término, se refiere a una serie de principios de acción pública que transforman el tradicional significado del Estado en sus relaciones de gobernabilidad.

## 2. LA DIMENSIÓN PARTICIPATIVA DE LOS PPP: LA COLABORACIÓN COMO GESTIÓN DE INTERDEPENDENCIA ENTRE SUJETOS PÚBLICOS Y PRIVADOS.

Tradicionalmente la jerarquía y el mercado han sido considerados como mecanismos distintos y opuestos. Por un lado los mercados son formas de coordinación en las que los diferentes sujetos de forma individual alcanzan el equilibrio a través del mecanismo de los precios. La jerarquía, por su parte, basa su esencia en el control, la dirección y la legislación (Klijn y Teisman, 2000: 88). Ello ha consagrado dos esferas opuestas para la toma de las decisiones económicas de producción y provisión de bienes y servicios en una sociedad: la pública, caracterizada por relaciones jerárquicas y procedimientos burocráticos y que interviene respecto de los bienes denominados públicos, y la privada en la que las fuerzas del mercado imponen la provisión de bienes individuales o privados de forma competitiva y espontánea.

Sin embargo esta polarización tiende a desvanecerse en las sociedades industriales avanzadas. Cada vez más frecuente es la actuación de las



empresas en el mercado a través de “redes industriales” (*industrial networks*) en las que todas actúan en la producción y venta de productos mediante mecanismos de coordinación y bajo la dependencia unas de otras. Este fenómeno creciente ha sido extensamente tratado por la doctrina para explicar los procesos de funcionamiento de estas alianzas estratégicas y el marco de relaciones entre las empresas dentro de su seno (Faulkner, 1995; Miles y Snow, 1986; Alter y Hage, 1993; Hakansson y Johansson, 1993).

Al mismo tiempo la literatura sobre administración pública ha puesto de relieve una emergente dependencia de las agencias gubernamentales de una diversidad de actores privados y correspondientes al tercer sector en la formación de redes de interrelación. Esta perspectiva de la política pública se centra en la existencia de estas redes público-privadas y su relevancia y participación en la gobernanza (Kickert, Klijn y Koppenjam, 1997; Klijn, Koppenjam y Termeer, 1995; Hanf y Scharpf, 1978), pudiendo concluirse, como hacen Alter y Hage (1993), que la tradicional distinción entre mercado y jerarquía se ha vuelto menos estricta.

Ciertamente, la característica principal de esta sociedad interrelacional o en red (*network society*) es la dilución de los límites entre los sectores público y privado así como la interdependencia entre diversas organizaciones (Castells, 1996). Por un lado, el mercado se asimila a las redes en las que las empresas actúan como consecuencia de una dinámica positiva con otras organizaciones y, por otro, las agencias públicas o gubernamentales buscan su eficiencia y efectividad mediante una dependencia cada vez mayor de otras redes de organizaciones en las que actúa y, a su vez, su propia estructura jerárquica tiende a flexibilizarse. Así, la distinción entre lo público y lo privado, entre jerarquía y mercado, va desapareciendo a medida que alcanza mayor relevancia la necesidad de un ajuste entre las políticas o estrategias públicas y privadas como requisito esencial para el éxito de las iniciativas económicas y de provisión de infraestructuras (Klijn y Teisman, 2000: 89).

La gobernanza pública enfatiza la interdependencia de los sujetos dentro de una red relacional para la formulación de políticas públicas, evitando la estructura jerárquica de poder y eliminando así el protagonismo del control o la gestión por una autoridad central. La política pública se convierte así en un proceso interactivo que tiene lugar en el seno de una red relacional entre sujetos en la cual el Estado, aunque conserva una presencia imprescindible, deja de ser la autoridad controladora (McLaughlin y Osborne, 2000: 332).

En este sentido, el principal argumento en la perspectiva de la gobernanza es que cualquier política pública es el resultado de la interacción entre sujetos públicos y privados. La política pública está creada e implementada en redes de sujetos interdependientes, por lo que la gestión pública debe ser entendida como una gestión interrelacional o de red (*network management*) (Kickert, Klijn y Koppenjam, 1997).

Como apuntan Kickert y Koppenjam (1997) la gobernanza pública es la directa influencia de los procesos sociales en una red interrelacional compuesta por otros varios sujetos co-gobernantes con diferentes y, en ocasiones contrapuestos, objetivos e intereses. El Estado deja de ser el actor dominante con capacidad para imponer su voluntad de manera que la jerarquía y la dirección centralizada no operan en una red interrelacional en la que no existe una cúpula de poder<sup>107</sup>.

Pues bien, la interdependencia entre los sujetos de estas redes relacionales hace que se comprometan por largos periodos de tiempo, lo que genera toda clase de reglas y acuerdos relacionales entre ellos para asegurar la confianza mutua y la lealtad (Klijn, 1996).

---

<sup>107</sup> Por su parte Kickert, Klijn y Koppenjam (1997) puntualizan que los autores no se refieren a una visión real de las redes interrelacionales en política pública, sino únicamente a un marco teórico.

Este complejo crisol de relaciones basadas en la confianza así como las normas y mecanismos que aseguran su estabilidad a largo plazo<sup>108</sup> son la base para la consecución del valor extra que, sobre los recursos individualmente considerados, aporta la colaboración (Axelrod, 1990)<sup>109</sup>, conformando así una perspectiva esencial en el estudio de los *PPP* como es el de la gobernanza. Así, esta perspectiva de la gobernanza aborda un enfoque más amplio sobre la participación de los sujetos no públicos que cualquier otra visión de los *PPP* y ello porque se refiere, no solamente a nuevos modos de gestionar o gobernar lo público, sino a relaciones heterogéneas entre sujetos independientes involucrados en la implementación de políticas públicas y en el proceso mismo de toma de decisiones<sup>110</sup>.

La toma en consideración de los intereses legítimos de todos los posibles interesados en una política determinada va a constituir un elemento capital desde el punto de vista de la buena gobernanza a través de su contribución al principio más general de la transparencia en la acción de gobierno, al tiempo que supone la apertura de nuevas vías de participación y movilización públicas mediante la integración de los actores sociales en lo que se puede considerar una verdadera innovación en la democracia local (Mohr, 2004: 240).

---

<sup>108</sup> En ocasiones, no obstante, este entramado de normas de conducta en el seno de una relación colaborativa tiene carácter informal o tácito, lo que concita la posibilidad su vulneración mediante actuaciones oportunistas de las partes. Cobran así especial importancia los mecanismos para mantener la confianza y los medios para asegurarlos que con frecuencia deben implementarse en el contexto de las relaciones en red.

<sup>109</sup> Como señala Axelrod (1990), en las sociedades en red el mantenimiento de las relaciones crea la llamada “larga sombra del futuro” refiriéndose a toda la corriente de beneficios potenciales que incrementan la oportunidad de que las partes en la relación permanezcan unidas.

<sup>110</sup> En efecto, el enfoque genérico de los *PPP* los concibe como relaciones de cooperación entre sujetos públicos y privados para la consecución de objetivos de eficiencia en la gestión y financiación públicas mediante la acción conjunta y el reparto de riesgos y responsabilidades. La perspectiva de la gobernanza en el tratamiento conceptual de los *PPP* desafía la tradicional concepción del Estado y de la autonomía estatal (protagonismo estatal; jerarquía política y gubernamental...) defendiendo el surgimiento de un nuevo modelo de gobernanza en el que el sector público colabore con la sociedad civil (empresas, inversores y accionistas, organizaciones no gubernamentales...).

Un aspecto importante en esta perspectiva conceptual de los *PPP* es la colaboración con las organizaciones sin ánimo de lucro -*Government Non-Profit Partnerships* (GNPs)- que se refiere a las relaciones de interacción entre el Estado y las organizaciones voluntarias y comunitarias -*Voluntary and Community Organizations* (VCOs) y que ha llegado incluso a considerarse una modalidad específica dentro de la colaboración dada su relevancia, especialmente en el ámbito local (McLaughlin y Osborne, 2000: 324). Gracias a este fenómeno los GNPs representan el mecanismo formal para la participación de los ciudadanos en el proceso político intensificando la calidad en la toma de decisiones y, de forma creciente, se generaliza en países de todo el mundo la exploración por los gobiernos de nuevas formas de colaboración con las VCOs (Phillips, 1999; Ross y Osborne, 1999: 49-61).

Esta perspectiva de los *PPP* representada por la participación del llamado “tercer sector” se fundamentó en lo que Salamon (1996) vino a definir como la “asociación voluntaria y libre entre ciudadanos en los Estados Unidos” y establece un escenario emergente de potencial crecimiento del papel que las VCOs juegan en el ámbito de prestación de bienes y servicios públicos, no sólo como proveedores de los mismos sino como agentes responsables de la creación y mantenimiento del capital social en las comunidades locales (Putnam, 1995; Fischer, 1996).

Especialmente en Estados Unidos el tercer sector adquirió una importancia significativa, tanto a nivel federal como local, desde la década de los años 60 del siglo XX como desarrollo de la acción colectiva y germen de una estructura organizativa esencial en la prestación de servicios públicos<sup>111</sup> (Salamon, 1998; Smith y Lipsky, 1993) y la canalización de los movimientos ciudadanos y su participación en el proceso democrático (Melendez, 1998; Moulton y Anheier, 2000).

---

<sup>111</sup> Se estima que las organizaciones voluntarias auspiciaban cerca de un 60% de los servicios sociales desarrollados en hospitales, escuelas y universidades en Estados Unidos (Salamon, 1998).

La estrecha colaboración del Estado con el tercer sector a través de acuerdo de colaboración o *partnerships* se construyeron sobre la base de sólidas teorías doctrinales que explicaron las relaciones entre el Estado y el tercer sector desde la óptica de la complementariedad. Así, la teoría del “gobierno del tercer partido o sector” (*Third-party government theory*) (Salamon 1987) concebía el “tercer sector” como prioritario para la prestación de bienes y servicios públicos en tanto se consideraba más idóneo para la solución de los problemas económicos y sociales (Lipsky y Smith, 1989) mientras que el Estado sería un actor secundario cuya intervención sólo sería necesaria en caso de que el primero fallara (Salamon, 1987).

Otras teorías, como la de los bienes públicos (*public goods theory*) propugnaban, por el contrario, que es el Estado el principal responsable de la provisión de bienes y servicios públicos y que el “tercer sector” existe para cubrir las necesidades de los ciudadanos cuando aquél falla en su cometido, esto es, existe para atender las demandas ciudadanas que el Estado deja sin atención (Weisbord, 1988).

En todo caso, las corrientes intelectuales que abogan por el protagonismo del llamado “tercer sector” reclamaban el protagonismo de organizaciones voluntarias y comunidades representativas de la ciudadanía en contraposición al crecimiento bipolar del sector público y del sector privado empresarial. Se argumenta por Kolderie (1984) que “los sistemas público y privado de provisión se tornan excesivamente institucionalizados, demasiado burocráticos y profesionalizados, dirigidos a proteger sus propios intereses (...) cuando deberían enfocarse hacia el ciudadano. Es posible rediseñar el marco institucional (...) para establecer sistemas de provisión de servicios esenciales para la comunidad más competitivos e igualitarios”.

Así, lo fundamental es una mayor participación del ciudadano en los servicios públicos otorgándole la capacidad para definir sus necesidades y posibilitando su satisfacción sin necesidad de confiarse a instituciones burocráticas. Por el contrario, a través de organizaciones voluntarias,

instituciones tradicionales de carácter local y asociaciones cívicas se refuerza enormemente el necesario sentido comunitario en el establecimiento de las prioridades y su consecución. Se entiende que la acción colectiva no significa necesariamente la acción del Gobierno sino, más bien al contrario, la directa participación de la Comunidad mediante el fortalecimiento de las instituciones tradicionales, el voluntariado y la iniciativa cívica local dotará al sistema social de gobernabilidad del imprescindible equilibrio entre justicia, equidad y eficiencia limitando la excesiva dependencia del Gobierno o de determinados intereses particulares.

En suma, los *PPP* entre el Estado y el tercer sector se configuran como una característica propia del sistema político y social norteamericano, y un verdadero *modus vivendi* en el actual desarrollo de la acción colectiva llevada a cabo por la sociedad civil (Moulton y Anheier, 2000: 108).

Este proceso institucional de cambio del gobierno a la gobernanza (*from government to governance*) (Phillips, 1999) ha contribuido a superar el denominado déficit democrático en gran parte de los países en vías de desarrollo (Osborne y Kasposvari, 1997), así como a la modernización de los gobiernos locales y el reforzamiento de su legitimidad en el seno de las comunidades locales (Ross y Osborne, 1999), resultando crucial en la actual concepción teórico-práctica de los *PPP* (Moulton y Anheier, 2000: 105-120).

### 3. LA BUENA GOBERNANZA COMO FILOSOFÍA DE GESTIÓN PÚBLICA: APLICACIÓN A LOS PPP.

#### A. Los principios de buena gobernanza.

Este proceso requiere, por tanto, poner en valor instituciones, normas y procedimientos en el contexto de los *PPP* que contribuyan a su mejor desarrollo, empezando por la promoción del papel crítico que el Estado debe desempeñar en estos procesos como canal de participación de los ciudadanos y demás componentes de la sociedad civil. En tal sentido, cada vez más gobiernos, organizaciones internacionales y organizaciones no

gubernamentales reconocen la importancia de una buena gobernanza en el desarrollo de los *PPP*, en particular, y del crecimiento económico en general.

Según la (UNECE, 2008: 13 y 14), en el contexto concreto de los *PPP*, la gobernanza se compone de los siguientes principios esenciales:

1. Participación: determina el grado en que los ciudadanos y la sociedad civil interviene en las políticas públicas y el proceso de toma de decisiones.
2. Transparencia: la claridad y apertura de las decisiones a través de una completa y precisa información pública sobre objetivos, procedimientos y resultados de cada proyecto.
3. Responsabilidad: alcance de la responsabilidad que los actores públicos deben rendir frente a la sociedad por su actividad.
4. Equidad: el grado de igualdad con el que las normas se aplican a todas las partes y evitando la discriminación.
5. Decencia: la ausencia de corrupción o perjuicios a las partes en la conducción de las políticas públicas.
6. Eficiencia: la aplicación de los recursos públicos sin malversación, derroche, retraso o daño para las futuras generaciones.

La efectiva aplicación de estos principios de gobernanza debe asegurarse de forma integrada en los distintos ámbitos de la vida pública: político, económico, judicial y social (UNECE, 2008: 14).

En esa línea deberán enfocarse los esquemas de *PPP* incidiendo, por un lado, en la redefinición del rol que el Estado, y la Administración como responsables directos de las políticas públicas deben jugar en la actividad de provisión, centrándose en la regulación y supervisión en lugar de la gestión y la propiedad, que será responsabilidad del sector privado. En segundo término, se persigue un desarrollo sostenible como enfoque integrado del proyecto en la consideración global de los procesos desde las perspectivas económica, medioambiental y social para asegurar su viabilidad a largo plazo.

Finalmente, se impone la atención a la probidad en las relaciones así como a la resolución de conflictos mediante procesos abiertos y multilaterales que incluyan a todos los interesados en la prevención y resolución de disputas. Para ello, se hace esencial la intensificación de cauces de participación ciudadana en la decisión e implementación de políticas y proyectos, especialmente en el ámbito local, bajo la premisa de la protección de todos los intereses legítimos y la interacción de los poderes públicos con las organizaciones voluntarias como representación de la sociedad civil.

En particular, la UNECE (2008: 18-64) concreta dichos principios en la órbita concreta de los *PPP* de la siguiente forma:

Primero – el proceso de los *PPP* requiere políticas coherentes que establezcan objetivos y principios claros, identifique proyectos, fije metas realistas y los medios para alcanzarlas, con la filosofía general de obtención de respaldo de la población sobre la estrategia de los *PPP*.

Segundo – el Gobierno puede crear las capacidades necesarias estableciendo nuevas instituciones y proporcionando la formación necesaria a los funcionarios públicos al igual que contratando expertos externos.

Tercero – los inversores en proyectos de *PPP* necesitan previsibilidad y seguridad en el ordenamiento jurídico, que significa menos, más simples y mejores normas. Asimismo, el marco legal debe tener en cuenta a todos los beneficiarios e impulsar su participación en los procesos legales protegiendo sus derechos y garantizando su acceso a la toma de decisiones.

Cuarto – los *PPP* permiten transferir al sector privado aquellos riesgos que mejor puede gestionar éste. Sin embargo, los gobiernos también deben compartir dicho riesgo y ayudar al sector privado a mitigar los que se le transfieran en una mutua colaboración.

Quinto – la selección del sujeto privado deberá ser desarrollada siguiendo un proceso de selección transparente, neutral y no discriminatorio



que promueva la competición y establezca un equilibrio entre la necesidad de reducir la duración y los costes del proceso y la selección de la oferta más ventajosa. Con esta premisa la corrupción debe ser penalizada.

Sexto – los procesos de *PPP* deben dar prioridad a las personas incrementando la información y transparencia de los proyectos en orden a la mejora de la calidad de vida de los ciudadanos, especialmente aquellos social y económicamente más desfavorecidos.

Séptimo – los procesos *PPP* deben integrar los principios del desarrollo sostenible en los proyectos reflejando las consideraciones medioambientales entre los objetivos de los proyectos, estableciendo especificaciones y adjudicando los procesos a aquellos licitadores que respeten los criterios medioambientales.

#### **B. El nuevo contexto de reforma del sector público: *the New Public Management (NPM)*.**

El desarrollo de los *PPP* y su nueva concepción del sector público tuvo lugar en un contexto de reformas de la gestión y organización públicas englobadas en el denominado *New Public Management (NPM)* que tuvieron lugar en los principales países desarrollados del mundo, especialmente en la órbita de países con tradición anglosajona, desde la década de los años 80 del siglo XX (Hood, 1995: 93). Este movimiento, heredero de las iniciales teorías sobre responsabilidad pública de finales del siglo XIX y principios del XX denominadas “administración progresiva” (Halligan y Wettenhall, 1990) que abogaban por una responsabilidad democrática en el ámbito público que destarrara la corrupción y las ineficiencias que ésta acarrea (Karl, 1963: 18), vino a categorizar en un tipo genérico los distintos modelos de reforma pública

existentes (el *projet de service* francés, *the next steps* británico o *the public service 2000* canadiense)<sup>112</sup>.

Partiendo del concepto de gestión pública (*public management*) como el conjunto de procesos e interdependencias organizativas existentes en el seno del sector público o, más específicamente, como la fusión de prácticas de gestión privada y la tradicional Administración Pública en un contexto de división de la sociedad entre la civil y la pública o estatal (Pierre, 1995), puede considerarse desde un plano operativo que el *NPM* consiste en reformas deliberadas en las estructuras y procedimientos de las organizaciones públicas en orden a la mejora de su funcionamiento (Pollitt y Boukaert, 2000: 46).

Ampliamente tratado por la doctrina (Aucoin, 1990; Hood, 1987, 1990, 1991; Dunsire y Hood, 1989; Hood y Jackson, 1991; Pollitt, 1990; Pusey, 1993) así como o por los informes de la OCDE entre los años 1988 y 1990, se basaba en una nueva doctrina de gestión pública que redujera las diferencias respecto al sector privado y sus métodos de gestión, y desplazando el énfasis hacia una información y responsabilidad públicas enfocadas a los resultados en lugar de los procedimientos, a la gestión pública en lugar de la política pública, a la competencia en lugar de la jerarquía, y a la flexibilidad de estructuras y en lugar de la uniformidad y rigidez en los servicios públicos.

Este fenómeno ha sido considerado ciertamente un “nuevo paradigma global” (Osborne y Gaebler, 1993: 322-330) en la concepción del sector público, si bien, parte de la doctrina ha sido más escéptica sobre el alcance real de tales reformas (Kickert *et al*, 1997: 8-11)<sup>113</sup>.

---

<sup>112</sup> No obstante su denominación, este fenómeno no nació en la década de los ochenta sino que recogió muchas de las ideas sobre administración pública que venían desarrollándose en las décadas anteriores. En todo caso no debe confundirse con el movimiento denominado New Public Administration desarrollado en Estados Unidos durante los años sesenta y setenta del siglo XX y cuya influencia apenas fue perceptible a nivel internacional (Marini, 1971).

<sup>113</sup> Una revisión de los distintos argumentos desde una posición escéptica puede encontrarse en Hood (2005: 106).

Su desarrollo y concepción ha sido diferente en unos países y otros, adquiriendo diferentes formas también, pero decirse que existe una tendencia común hacia la *empresarialización* (*marketizing*)<sup>114</sup> del sector público a través de fórmulas de privatización, descentralización de funciones y responsabilidades, externalización de servicios y creación de mercados internos separando la provisión de dichos servicios de su compra en nombre de los usuarios y formas de colaboración entre el Estado y los sectores privado y voluntario (Drewry, 2000: 57).

En ese periodo inicial Hood (1995: 99) identificó tres grupos de países en función del ámbito, intensidad y celeridad de las reformas, siendo Nueva Zelanda, Australia, Reino Unido, Suecia y Canadá los que lideran las iniciativas mientras que España<sup>115</sup> se encuentra entre los países que, habiéndolas iniciado, están en una fase aún incipiente junto con Grecia, Alemania, Suiza, Japón y Turquía. Entre los países que se encuentran en un estadio intermedio en el desarrollo de las reformas destacan Estados Unidos, Dinamarca, Francia, Holanda, Austria, Finlandia, Italia y Portugal.

Unas reformas que fueron materializando una nueva filosofía de gestión pública adaptada a los distintos contextos legales, políticos y administrativos presentes en cada uno de los países, y que dieron como resultado iniciativas tan conocidas como la implantación del sistema de indicadores de resultados o *performance* en el Reino Unido<sup>116</sup>, el *National Performance Review* en

---

<sup>114</sup> El concepto se traduce literalmente por *empresarialización*, si bien no debe ser interpretado con las connotaciones negativas que este término tiene en nuestro lenguaje cuando se aplica a lo público, como abandono del interés público en beneficio del lucro comercial, sino en el sentido de aplicación a la gestión pública de los mecanismos, técnicas y prácticas propias del mercado, esto es, la mercadotecnia.

<sup>115</sup> Con la llegada al poder del Partido Popular en 1996 se iniciaron una serie de reformas legislativas y administrativas en la línea de mejora y modernización del sector público, destacando la publicación en el año 2000 del "Libro Blanco para la Mejora de los Servicios Públicos- Una Nueva Administración al Servicio de los Ciudadanos".

<sup>116</sup> Desde las reformas emprendidas por la administración Thatcher a través del programa The Next Steps en 1988 y continuadas e impulsadas por los gobiernos de John Major en 1990 y el laborista Tony Blair en 1997 el objetivo ha sido la reducción del sector público, su acercamiento al ciudadano y la gestión pública orientada a la eficiencia y la participación del sector privado en los servicios públicos. Véase el Libro Blanco *Modern Public Services for Britain-Investing in Reform* (1998) y *Modernising Government* (1999).

Estados Unidos<sup>117</sup>, la modernización de la gestión en algunos estados australianos como South Wales y Victoria, las reformas emprendidas en los cantones suizos o el modelo de gestión desarrollado en la ciudad holandesa de Tilburg, seguido después por diversas ciudades alemanas y danesas (Van der Poel, 2001; Hendriks y Tops, 1999).

La Administración Pública se ha visto así influenciada, e incluso desplazada en algunos sistemas, por la ética del *NPM* que enfatiza principalmente la evaluación y optimización de los resultados de gestión. Asimismo, como señala Drewry (2000: 57), en muchos países esta reforma de las instituciones y procesos públicos ha ido acompañada de un desarrollo de los derechos de los ciudadanos en cuanto a su capacitación como usuarios de los servicios públicos y el acceso una completa información para el ejercicio de auqllos derechos.

El *NPM*, además de la reforma de la Administración Pública en su vertiente más operativa, persigue una transformación de cultura en la percepción del sector público en el seno de sus relaciones de gobernabilidad. Según señala Losada (1997) se pretende una Administración equilibrada y no expansiva en su concepción, dinámica, relacional y competitiva en su actuación prestacional y responsable ante la sociedad en la evaluación de resultados y la transparencia de su acción gestora.

En este contexto de actuación se contempla un extenso abanico de medidas de diversa índole, cuya implantación paulatina en las estructuras político-administrativas de cada país ha ido delimitando, con diverso alcance e intensidad en cada uno de ellos, un nuevo panorama en la acción pública prestacional claramente enfocado hacia un servicio más eficaz y eficiente a los ciudadanos a través de mecanismos basados en la evaluación de los

---

<sup>117</sup> Impulsada por el gobierno de Bill Clinton en 1993 continuaba la senda de reformas del sector público iniciada en los años ochenta por la administración Reagan bajo su lema "crear un gobierno que funcione mejor y cueste menos". Tuvo su continuación durante los gobiernos de Gore y Bush con la introducción de la gestión por resultados en las agencias federales (*Government Performance and Results Act*, 1993).

resultados y objetivos, el aprovechamiento de las capacidades innovadoras del sector privado y la descentralización competencial en aras de una mayor cercanía y eficacia (Cortés, 2003: 9)<sup>118</sup>.

El objetivo integral del proceso reformador es la sustitución de la tradicional Administración burocrática presidida por el control de los *inputs* y la legalidad por un nuevo modelo de gestión enfocado en los resultados o *outputs*, el incremento del valor y la eficiencia de la acción prestacional mediante la introducción de iniciativas de mercado y competencia (Funnell y Cooper, 1998: 109), así como la evaluación de la eficiencia, eficacia, economía e impacto social de los servicios públicos. Se propone una mayor flexibilidad administrativa con una progresiva descentralización del sector público en base al principio de subsidiariedad a través de agencias que actúen de forma más eficiente, restaurando la confianza de los ciudadanos en los gobiernos y en el sistema democrático (Osborne y Gaebler, 1992: 252; Shick, 2001). Una filosofía descentralizadora basada en la autonomía y responsabilidad de las instancias gestoras frente a las puramente políticas o de dirección jerárquica (Kettle, 1997)<sup>119</sup>.

De acuerdo con Lienert (2005: 3 y 4), este ámbito de reformas se extiende principalmente en tres direcciones dentro de las áreas propias de la tradicional estructura burocrática o administrativa: mejora de la actuación administrativa o "*improved performance*", descentralización del presupuesto y la gestión y mayor transparencia y responsabilidad públicas.

Sobre la base genérica de una mejora en la prestación de servicios al ciudadano, la primera propone medidas esenciales en el diseño de la acción de gobierno estableciendo el marco operativo en el que las nuevas formas de colaboración público-privada van a encontrar el entorno adecuado para su

---

<sup>118</sup> Las referencias al proceso de implantación de las reformas comprendidas en el *NPM* en los principales países impulsores y el detalle de los principales textos legales desarrollados como marco legal de amparo al proceso reformador pueden encontrarse en Cortés (2003).

<sup>119</sup> Basándose en las premisas *let the managers manage* ("dejad que los gestores gestionen") y *make the managers manage* ("incentivar a los gestores a gestionar") (Kettle, 1997).

efectivo desarrollo e implementación. Así se contempla el énfasis en la eficiencia, eficacia y economía de la iniciativa pública incluyendo el establecimiento de indicadores de “*resultados*”<sup>120</sup> para su evaluación, la articulación presupuestaria en términos de objetivos y resultados y la extensión e intensificación de las formas de participación privada y la introducción de mecanismos propios del mercado.

Se abandonan así paulatinamente las técnicas de presupuestación tradicionales basadas en los *inputs* para centrarse en los *outputs* desplazando así el compromiso de los órganos respecto de los fondos públicos y la referencia para su control desde las actividades delimitadas específicamente hacia la consecución de determinados resultados de gestión y objetivos públicos dejando libertad de acción en la elección de políticas e iniciativas (Lienert, 2005: 10).

La segunda línea de reforma aboga por la acción descentralizadora en el diseño estructural del Estado mediante la creación de agencias especializadas con autonomía de gestión y otros órganos de influencia directa en la órbita prestacional, la liberalización o desregulación de las actividades productivas y su apertura a la competencia libre sin intervención pública y la descentralización del control y la auditoría (Lienert, 2005: 11)<sup>121</sup>. Ello redundará en una estructura más operativa y eficiente que acerque los esfuerzos inversores a las necesidades sociales específicas y en la delimitación del campo público de acción más adecuado a las exigencias de cada mercado.

---

<sup>120</sup> Según el criterio de la Organización Internacional de las Supremas Instituciones de Auditoría (*International Organization of Supreme Audit Institutions (INTOSAI)*), el término “*performance*” se utiliza genéricamente para designar la actuación de la Administración en términos de eficacia, eficiencia, economía y calidad, y la evaluación de resultados de acuerdo a estos parámetros. Su traducción al castellano podrían ser “resultados” aunque por resultar confusa resulta preferible utilizar el término anglosajón (Cortés, 2003: 3, nota 1).

<sup>121</sup> La creación de agencias ejecutivas autónomas se denomina ilustrativamente como *agencification* en Lienert (2005: 11).

Por último, el respeto a los principios de transparencia (*transparency*) y responsabilidad (*accountability*) imponen la precisa clarificación de rol a desempeñar por cada uno de los agentes con participación en la gestión pública y su responsabilidad sobre actuaciones y resultados (Auditor General of Canada, 2002: 1; Stewart, 1984: 13; Olson et al, 1998: 446), el traslado fluido de información al Parlamento y a la sociedad y la articulación de controles externos (Lienert, 2005: 12).

Esta transformación en la estructura y parámetros de actuación del sector público dejando atrás su tendencia expansiva hacia rígidos y jerarquizados complejos institucionales, incluido el ineficiente y sobredimensionado tejido empresarial. Esta transformación en la estructura y parámetros de actuación del sector público dejando atrás su tendencia expansiva hacia rígidos y jerarquizados complejos institucionales, incluido el ineficiente y sobredimensionado tejido empresarial público, va a contribuir decisivamente a la consolidación de los *PPP* como paradigma de una nueva filosofía en la provisión de bienes y servicios desde la eficacia en la gestión y un enfoque multilateral de gobernanza.

El planteamiento de un Estado regulador y descentralizado que asume una posición tutelar del interés público permitiendo la libertad de acción al sector privado en orden al aprovechamiento de sus capacidades de innovación y bajo principios de transparencia y responsabilidad en la rendición de información, sintoniza plenamente con las premisas teóricas que inspiran la concepción de la colaboración como propuesta de gobernabilidad. En el contexto del *NPM* el desarrollo de los *PPP* consagran esta distinción entre la formulación de las políticas públicas y la efectiva implementación de dichas políticas (Stewart, 1996), en el sentido de que se reserva al Estado el control sobre las directrices generales de acción pública mientras que se permite a una pluralidad de actores la provisión específica de los servicios públicos (McLaughlin y Osborne, 2000: 326).

Pero la completa efectividad de estos principios renovadores demanda la acometida de profundas modificaciones en el marco legal y administrativo vigente en cada Estado, de manera que se armonice el escenario jurídico-público en el que se desenvuelve la acción administrativa con las nuevas pautas de gestión pública que el proceso persigue. Así, a lo largo de las distintas áreas de influencia de la actividad pública, que se extienden desde la gestión económico-financiera y presupuestaria hasta la contractual y prestacional, pasando por contenidos organizativos y de recursos humanos, es necesaria la asunción de reformas en los estatutos y normas escritas en orden a introducir los principios del *NPM*, en particular, los referidos a la mejora de la transparencia, la responsabilidad y la *performance* públicas (Lienert, 2005: 9).

En este proceso de reforma del entorno público de gestión, la elaboración en los distintos niveles normativos de nuevos textos reguladores, o la revisión de los ya existentes, se adaptará a las peculiaridades de cada sistema legal y administrativo en orden a la perfecta y necesaria sincronización entre los objetivos perseguidos y las condiciones jurídico-administrativas existentes. Diferencias que, más allá de la simple delimitación de la personalidad de cada Estado en el diseño y actuación de su sector público y el entorno jurídico en el que se enmarca, se manifiestan como una profunda separación conceptual entre los principales sistemas jurídico-públicos vigentes en el mundo y a los que la mayoría de los países se acogen de forma más o menos completa.

Respecto del impacto de las reformas legales y administrativas acuñadas al amparo de la *NPM* en los distintos sistemas jurídicos vigentes su extensión excede el alcance del presente trabajo. No obstante, y siguiendo a Lienert (2005: 6-9) podemos señalar que a los efectos de tal exploración se reconocen tres sistemas principales:

- Legislación general o de principios generales (*legislate the principles*): se identifica con los países con un derecho público administrativo general que



regula la actividad estatal a través del acervo de leyes y reglamentos escritos. La gestión centralizada y rígida responde a una visión del Estado como autoridad central y superior en la articulación de las relaciones de gobernanza.

- Modelo de los países “*Westminster*”: coinciden básicamente con el modelo legal anglosajón en el que La Corona, como concepto más abstracto, sustituye a la noción de Estado centralista en la gestión y la legislación de la esfera pública. Los principios generales dejan paso a criterios más pragmáticos y flexibles sin que la norma escrita juegue un papel tan fundamental (el *Common Law*, la Constitución no escrita y la descentralización y pragmatismo de las normas caracterizan un derecho público como concepto de reciente importación).

- La denominada “tercera vía”: presente en países del norte de Europa como los escandinavos u Holanda se caracteriza por huir de la legalidad basada en principios generales pero sin adoptar el sistema anglosajón en toda su extensión. Su especial configuración política y parlamentaria impone prácticas de consenso entre los poderes ejecutivo y legislativo (“*decisiones*” y “*coalition agreements*”) para la flexibilización de la acción de gobierno.

El diferente contexto en la concepción del derecho público y el Estado mismo van a condicionar definitivamente la necesidad y el procedimiento de las reformas a emprender por los poderes públicos, pero el éxito de este proceso tenderá a limar las diferencias entre estas perspectivas contrapuestas de lo público, convergiendo hacia una misma idea de la acción de gobierno presidida por el respeto a los principios de eficacia, eficiencia y economía, así como la garantía de transparencia e información; un sector público que, desde una posición tutorial sobre el bien común y los intereses públicos, fomente la libertad de acción del sector privado en el desarrollo eficiente e innovador de servicios públicos en un marco normativo flexible que contemple una gobernanza multilateral e igualitaria.

#### 4. POTENCIALIDADES Y RIESGOS DE LA APLICACIÓN DE LA GOBERNANZA A LOS PPP.

En ese proceso de convergencia hacia un nuevo modelo de sector público y de gobernanza los *PPP* encuentran el entorno jurídico-público más adecuado para su definitivo impulso de conformidad con los planteamientos conceptuales más genuinos.

En palabras de Stoker (1998: 38) “el Estado no sólo está cambiando sus instrumentos, está cambiando su significado”. Y este enfoque fundamental debe centrar el análisis de los *PPP* en tanto que sin la adecuada comprensión y asimilación de esta nueva perspectiva del sector público inherente al propio planteamiento de la colaboración no se alcanzará su verdadero significado y alcance, así como la óptima consecución de las finalidades que persigue. Así, la adopción de fórmulas de colaboración como parte integrante de las políticas públicas de provisión de bienes y servicios no puede ignorar esta dimensión estructural en la concepción funcional del Estado a riesgo de perder su virtualidad como planteamientos alternativos de eficiencia en la gestión pública (McLaughlin y Osborne, 2000: 326).

La virtualidad de esta concepción amplia de los *PPP* es su contribución a un nuevo concepto de las relaciones entre los distintos sujetos públicos y privados involucrados en la provisión de bienes y servicios públicos y del papel de las políticas públicas en este proceso, encaminándonos hacia una redefinición de propio significado del Estado en su faceta prestacional superando los parámetros tradicionales que han articulado las relaciones público-privadas en el ámbito de la transacción patrimonial y desvelando nuevas aproximaciones relacionales (Kooiman, 1993). En tal sentido, se desplaza el énfasis hacia la creación de relaciones heterogéneas y en la fragua de vínculos entre actores independientes en el marco de dichas relaciones (Pierre y Peters, 2000).

Y es que la gobernanza como referente desafía la concepción tradicional de soberanía estatal; la posición central del Estado deja de estar garantizada pasando éste a ser un sujeto "*primus inter pares*" cuyas capacidades van a depender de su habilidad para movilizar a otros actores sociales en pos de sus objetivos (Pierre y Peters, 2000: 82). Ello se une al hecho de que los poderes del Estado están siendo desplazados por entidades supranacionales como la Unión Europea, autoridades subnacionales como los gobiernos locales y, más importante, por instituciones y organizaciones operando directamente con la clase gobernante (Cruz Ferrer, 2002; Stoker, 1998).

Así, como nueva forma de gobernanza los *PPP* requieren una redefinición del rol y el ámbito de competencia respecto de las infraestructuras públicas y su prestación (Mohr, 2004: 241). Ello dibuja un cambio desde una forma jerárquica en la prestación de los servicios públicos por parte del Estado hacia políticas de búsqueda de la cooperación y la negociación; definitivamente se busca la preferencia de políticas de cooperación y negociación frente a las propuestas tradicionales basadas en la autoridad y la jerarquía (Pierre y Peters, 2000; Stone, 1993).

Los *PPP* representan esta nueva gestión pública multilateral (Mohr, 2004: 241)<sup>122</sup> en la que el Estado se ve desprovisto de esa tradicional situación de autoridad en sus relaciones prestacionales, que inspiraban su intervención directa en la vida pública desde una posición de privilegio, para erigirse en regulador de la adecuada gobernanza en dicho marco relacional de interacción con la sociedad civil<sup>123</sup>. Asistimos a una "gobernanza multilateral"

---

<sup>122</sup> Ciertamente, la gobernanza supone una aproximación diferente a la figura de los *PPP* al dotarlos de un enfoque multilateral y participativo en cuanto al propio diseño de las políticas públicas prestacionales, mientras que éstos se consolidan a su vez como nuevas formas de gobernanza en tanto dan paso a nuevos canales de integración de los diferentes intereses latentes en la proyección de iniciativas de desarrollo (Mohr, 2004: 241).

<sup>123</sup> La efectividad de la fórmula regulatoria en sectores potencialmente competitivos o de tendencia moderadamente monopolística que favorecen la provisión híbrida entre las esferas pública y privada con protagonismo de formas colaborativas puede servir como referencia de actuación en el diseño de las estructuras relacionales de los *PPP* cuya propia concepción sitúa en ese terreno ciertamente indefinido entre lo público y lo privado. En su papel regulador el sector público se acerca a los parámetros aplicables a la provisión de infraestructuras y servicios en sectores económicos en los que el mercado se provee de forma privada en

que ha desplazado el foco de atención del Estado a nivel nacional hacia formas de gobernanza subnacionales y supranacionales hacia las que se ha trasladado un relevante grado de poder, quedando aquel como conjunto de órganos encargados del establecimiento de mecanismos que posibiliten la acción pública (Mohr, 2004: 241; Pierre, 1998 ).

Esta relación necesaria entre ambas concepciones del sector público ha determinado decisivamente la trayectoria conceptual de los *PPP* al proveerla de un alcance y dimensión que trascienden el habitual reducto teórico otorgado a la contratación pública de la que indudablemente forman parte. Despojar de esta proyección jurídico-pública al tratamiento de las formas de colaboración público-privada, no solamente compromete su virtualidad como formas alternativas a las propuestas más ortodoxas, sino que les priva de su sentido último como contribución a la reforma del Estado en su vertiente prestacional enfocada hacia una mayor eficiencia de la acción pública y al refuerzo de las condiciones de gobernanza (McLaughlin y Osborne, 2000: 326).

Todo lo anterior dibuja un escenario nuevo que debe ser cuidadosamente explorado en orden a determinar las implicaciones que en términos de alteración de los parámetros relacionales de poder pueden derivarse de la implementación de políticas públicas prestacionales de corte colaborativo. La cuestión del poder y las relaciones de poder adquieren especial relevancia y ello porque el traslado de la autoridad desde el Estado hacia instituciones independientes contribuye al debilitamiento de una dirección política jerárquica.

Sin embargo, el contexto de indefinición de fronteras entre la jurisdicción política y las fuerzas del mercado debe ser fuente de gran preocupación ya que esta estructura de gobernanza puede desplazar fácilmente la

---

régimen de liberalización con presencia de regulación conducente a mejorar la actuación del sector mediante el aumento de los beneficios proporcionados por el servicio público y la protección de consumidores y operadores

transparencia pública y permitir a actores cuya referencia es el mercado libre penetrar en el ámbito de la política (Pierre, 1998: 189)<sup>124</sup>. Wilson y Butler (1985) advierten del riesgo de que la participación de la sociedad civil en los procesos de gobernanza traiga el espectro de la *incorporación* de órganos independientes dentro de la estructura de un Estado

En efecto, la perspectiva de la gobernanza pública multilateral resulta una solución eficiente en un marco de sociedad ideal, más no exenta de riesgos en la realidad política de cualquier país. Por un lado, la amenaza de una pérdida de garantías respecto de la transparencia de los procesos y la información públicos en ocasiones asociada a la dinámica de actuación del mercado competitivo, deben inspirar el reforzamiento del aspecto tutelar de la actividad pública regulatoria en orden al aseguramiento de los intereses generales a través de los principios de gobernanza que necesariamente presidirán los procesos prestacionales (Partnerships Victoria, 2001)<sup>125</sup>.

Por otro lado, las debilidades propias de las relaciones de interacción entre el Estado y las organizaciones voluntarias y comunitarias pueden socavar seriamente la gobernanza pública. Entre estas debilidades debemos aludir en primer lugar al llamado modo de gobernanza de grupos cerrados o

---

<sup>124</sup> Mohr (2004: 242 y ss) profundiza en este aspecto en relación con la posibilidad de desajustes entre el desarrollo económico que representan los *PPP* y las normas políticas o de gobernanza y, si existieran, cuales son las implicaciones de la gobernanza multilateral en la transparencia y eficiencia públicas. Esto conduce el debate hacia la cuestión de la falta de transparencia de la actuación del sector privado en la provisión de servicios públicos y su difícil sometimiento a las coordenadas públicas de información en los casos de utilización de fondos públicos.

<sup>125</sup> El fortalecimiento de la acción protectora del Estado y sus órganos reguladores independientes sobre la transparencia y contabilidad de los proyectos, los intereses de los agentes sociales intervinientes y del bien común representado en el concepto general del interés público aparece indisolublemente unido a la concepción misma de los *PPP* en su persecución de la eficiencia pública en la provisión de bienes y servicios. La utilización de un concepto concreto de interés público determinable y exigible a través del contrato es práctica consolidada en países con tradición en la implementación de *PPP* como Australia. En estrecha relación con el concepto de gobernanza, el *public interest* incluye aspectos como la contabilidad y transparencia de los proyectos, los derechos de los usuarios, el acceso a las instalaciones, la seguridad y privacidad etc... Como parte de la gestión contractual se establece un procedimiento previo de evaluación de cada proyecto en orden a determinar si se respetan y protegen los parámetros de interés público establecidos (Partnerships Victoria, 2001).

exclusivos (*clan mode of governance*) que se asienta sobre la discriminación de unos grupos o sujetos frente a otros en las oportunidades de participación e interacción en las políticas públicas, con la consiguiente falta de apertura de los procesos (Osborne, 1997; Ouchi, 1980). Asimismo se constata el riesgo de que la creación de estructuras de interacción (*networks*) necesarias para esta dimensión de la gobernanza pública se convierta en un fin en sí misma, sin contribución alguna a objetivos genearles y con un importante consumo de recursos y esfuerzos (Osborne y Tricker, 1994).

Igualmente perniciosa es la deriva de los procesos de participación multilateral en la gobernanza pública hacía la falta de liderazgo, dirección o directrices de actuación cuando ninguno de los actores toma la responsabilidad última de los objetivos y resultados. En tal sentido se pierde la presencia de un sujeto, el Estado, que aglutine a los demás actores en una línea estratégica dominante (Murdoch y Abram, 1998: 41-50)<sup>126</sup>.

Todo ello debe ser adecuadamente ponderado en la configuración de los *PPP* como estrategia de regulación desde la perspectiva de la gobernanza.

---

<sup>126</sup> Los autores mencionan al "Estado asociado o afiliado" (*joined-up Government*), en referencia a su necesario papel director y aglutinador de las demás partes involucradas en el proceso (Murdoch y Abram, 1998: 41-50).



## SEGUNDA PARTE.- FUNDAMENTOS ECONÓMICOS DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

### CAPÍTULO CUARTO.- EL CONTEXTO GENERAL DE REGULACIÓN DE LAS INFRAESTRUCTURAS

#### I. LA NECESIDAD DE REGULAR LA PROVISIÓN DE LAS INFRAESTRUCTURAS

Por sus especiales características las infraestructuras han contado tradicionalmente con la participación activa de los poderes públicos para su provisión y desarrollo. La decisiva importancia de las infraestructuras en el desarrollo de los países ha quedado bien patente a lo largo de la historia desde el momento en que, como explicó Rostow (1960), se han constituido como capital social básico en torno al cual las economías se han ido vertebrando territorialmente y respecto de los diferentes sistemas de producción, distribución, comercialización y consumo<sup>127</sup>.

Inicialmente permitieron el desarrollo social y económico de las comunidades locales y, posteriormente, el paso a economías de ámbito nacional e internacional de manera que bien puede decirse que toda actividad económica y social de un país se articula a través de las infraestructuras (Urgoiti, 1999: 9).

En definitiva, las infraestructuras son vehículos de cohesión territorial, económica y social, integran el espacio, vertebran el territorio, lo hacen

---

<sup>127</sup> El autor nos recuerda en su obra *Las Etapas del Crecimiento* (1960), que ninguna economía puede progresar sin capital social fijo: transportes eficaces, buenas comunicaciones y fuentes de energía flexibles y eficaces. Los transportes son imprescindibles para mover los medios de producción y proceder a la distribución en masa de los productos. Las comunicaciones permiten la rapidez y agilidad de las transacciones comerciales y la energía es imprescindible para la producción. En tal sentido, las infraestructuras de transporte, comunicaciones y energía tienen unas características jurídicas y económicas comunes: son los servicios esenciales para el crecimiento y el desarrollo económicos.



accesible y lo dotan de servicios fundamentales para la relación social y la producción (Urgoiti, 1999: 10).

La construcción de grandes infraestructuras se concibió como una de las funciones o potestades públicas por naturaleza dada la función capital que aquellas tienen desde el punto de vista estratégico, económico y de cohesión y vertebración territoriales y el beneficio que su provisión supone para toda la colectividad (Ottaviano, 2008: 8). En tal sentido se reconoce la titularidad pública sobre ellas y, consecuentemente, la responsabilidad de los poderes públicos respecto de su provisión y la regulación de las condiciones de producción.

La regulación, en su vertiente económica, ha venido a referirse a una forma de intervención pública que restringe, altera o condiciona la actuación de los agentes económicos por razones de equidad o eficiencia (Cruz Ferrer, 2002: 126). Más específicamente, el conjunto de normas o acciones específicas impuestas por una autoridad pública que interfieren directamente en el mecanismo de asignación de recursos en el mercado (Cruz Ferrer, 2002: 126; González Blanch, 1997: 11)<sup>128</sup>. Ello implica, según Bustamante (1993: 15) una visión crítica del funcionamiento del libre mercado y los intercambios voluntarios que justifica, en último término, la interferencia de la autoridad pública en las decisiones de demanda y oferta o el mecanismo de asignación de recursos.

En este sentido, se concibe la regulación como una intervención pública singularizada por su finalidad de conciliar, armonizar y equilibrar las exigencias de funcionamiento eficiente de los mercados con las exigencias propias de la satisfacción de las necesidades colectivas en aquellos casos en que el mercado falla por razones estructurales o por consideraciones vinculadas con los requerimientos propios de la democracia y el interés colectivo (Malaret, 2007: 10). Dicha intervención se asienta, por tanto, en la

---

<sup>128</sup> Diferentes definiciones del término "regulación económica" pueden encontrarse en Cruz Ferrer, 2002: 126, nota 5). Asimismo, acerca de las implicaciones del término puede verse a Malaret (2007: 2, 3 y 4).

existencia de desequilibrios en el funcionamiento de los mercados que deben ser subsanados y la preocupación por la equidad en la consecución última del interés general (The World Bank, 1997), como objetivo último al que debe dirigirse la acción regulatoria del Estado está presente en la concepción más ortodoxa y tradicional de la regulación<sup>129</sup>.

Así, la regulación económica busca la sustitución de la libre competencia en un mercado o sector<sup>130</sup> para garantizar su eficiencia, la protección de los derechos de los usuarios frente a las disfunciones del mercado y el aseguramiento de las externalidades positivas para el conjunto de la sociedad (Jamison, Berg, Gasmi y Távara, 2005: 12), esto es, el equilibrio entre eficiencia y equidad<sup>131</sup>.

En el caso de las infraestructuras la esencialidad de su provisión se explica, en opinión de Cruz Ferrer (2002: 85) de acuerdo a razones de

---

<sup>129</sup> La teoría del interés público propugna que el objetivo de la regulación es siempre la consecución del interés público en aquellas situaciones en que se producen disfunciones del mercado, persiguiendo con su acción regulatoria el beneficio de toda la colectividad y no la de grupos determinados. Como una vertiente de esta teoría, propia del Derecho Público continental, la teoría de los grupos de interés acuñada en el derecho anglosajón propugna que el interés público al que se dirige la regulación no es un concepto predeterminado sino el equilibrio necesario entre los diferentes intereses que se ven afectados por la misma y cuya toma en consideración de forma ponderada y razonable se erige en función esencial del proceso regulatorio. Esta postura fue defendida fervientemente por los creadores y teólogos de las agencias federales de regulación en los Estados Unidos (Gómez-Ibáñez, 2003: 39). Estos aspectos se desarrollarán en el capítulo quinto.

<sup>130</sup> Ello se lleva a cabo mediante tres técnicas fundamentales (Ariño, 1993; Ogus, 1994):

1. Creación de empresas públicas, con o sin reserva de monopolio en su actividad, con la expectativa de los mecanismos de dirección y responsabilidad políticas serán suficientes para conseguir los fines públicos.
2. La regulación coactiva de las condiciones de producción, calidad y precios de los bienes y servicios prestados
3. La regulación de la estructura empresarial del sector estableciendo barreras de acceso a los operadores.

<sup>131</sup> En opinión de Jamison, Berg, Gasmi y Távara (2005: 12) las finalidades de la regulación se fijan alrededor del concepto de "*improved sector performance*" que abarca tres aspectos: por un lado, el aumento de la riqueza entendida como los beneficios agregados que genera el propio servicio público para los consumidores, operadores y las externalidades positivas existentes; en segundo lugar, compromisos públicos hacia la protección de consumidores y operadores frente a los fallos propios del mercado o decisiones políticas coyunturales que amenacen la eficiencia a largo plazo; y, por último, el control de las fuerzas del mercado y la mejora de la competencia.

carácter económico y de equidad que reflejan la contribución decisiva de aquellas al crecimiento económico del país así como a la cohesión social y territorial garantizando el acceso de todos los ciudadanos a los servicios públicos esenciales y potenciando el despegue de las áreas económicamente más deprimidas.

En palabras del propio autor “ninguna economía, ninguna sociedad puede romper los círculos de la pobreza o continuar un proceso sostenido de crecimiento económico y social si no dispone de servicios de sanidad y educación y de las infraestructuras de transportes, comunicaciones y energía que permiten desarrollarse a los mercados”. Por ello, y teniendo en cuenta además las externalidades positivas que derivan de su provisión extendiendo sus efectos benefactores al conjunto de la sociedad, se hace imprescindible una decidida intervención estatal en la promoción de estos servicios e infraestructuras como una de sus funciones o potestades esenciales (Cruz Ferrer, 2002: 85).

En segundo término, la regulación pública de las infraestructuras mediante la intervención del Estado en las decisiones esenciales que afectan a su producción y provisión se justifica por la existencia de los llamados “fallos del mercado” que impiden el desenvolvimiento natural de la acción de la competencia y demandan una actuación correctora de los poderes públicos en beneficio de toda la sociedad. Estas insuficiencias o fallos del sistema económico se erigen así en causas de la regulación en tanto razones técnicas esgrimidas por los gobiernos para justificar su acción en aras del interés público<sup>132</sup>.

---

<sup>132</sup> Uno de los principales fallos en el caso de las grandes redes de infraestructuras es su caracterización en su mayoría como bienes públicos, esto es, dotados de las cualidades de indivisibilidad, no exclusión y no rivalidad, lo que implica que ningún usuario puede ser excluido de su consumo independientemente de que pague o no por su uso y que tal consumo no rivaliza con el de los demás de manera que todos los ciudadanos pueden disfrutar de los mismos bienes a la vez. Asimismo las condiciones de monopolio natural que pueden predicarse respecto a este tipo de equipamientos en red determinan que la demanda en el mercado puede satisfacerse al coste más bajo posible por una única empresa en lugar de dos o más por lo que la provisión en régimen de competencia resultaría ineficiente. Estas

Estos fallos en la acción de las fuerzas del mercado para atender la provisión de infraestructuras en red han justificado, en última instancia, la regulación económica a cargo de los poderes públicos mediante su titularidad y la intervención en la fijación de las condiciones de producción. Razones de eficiencia económica y equidad justifican, por tanto, el protagonismo público en el ámbito de las infraestructuras en red o *utilities infrastructures*<sup>133</sup>.

## II. CAPITAL PÚBLICO, CRECIMIENTO ECONÓMICO Y COHESIÓN SOCIAL.

De acuerdo con la doctrina económica uno de los indicadores por los que los países son juzgados es su capacidad para proveer un elevado y creciente nivel de vida a la población en relación con el resto de Estados, y que se fundamenta primariamente en el crecimiento económico (Eremburg, 1994). El desarrollo de infraestructuras como soporte necesario para la prestación de los servicios públicos se configura como un elemento esencial y prioritario en el planteamiento de la actividad inversora del Estado dada la importancia de aquellas para el establecimiento de una red prestacional de calidad, y en general, para el crecimiento económico, el aumento de la productividad y la competencia y la generación de empleo.

Puede decirse siguiendo a Munnell (1992) que “hay un acuerdo generalizado acerca de que la inversión en capital público puede expandir la capacidad productiva de un área mediante el incremento de los recursos y la intensificación de la productividad de los recursos ya existentes”, y concluir, como hace Sánchez-Robles (1998) que la provisión de capital público como una de las formas a través de las que los Estados pueden promover el crecimiento económico. Así, la determinación del nivel de inversión en capital

---

condiciones desincentivan su provisión en régimen de competencia abierta por las empresas privadas por lo que la garantía para su suministro a los ciudadanos pasa por el protagonismo del sector público en su provisión. A este respecto puede verse a Savas (2000) y Gómez-Ibáñez (2003).

<sup>133</sup> Un análisis pormenorizado de las principales teorías acerca de la regulación y su desarrollo conceptual pueden encontrarse en Baldwin y Cave (1999); Cruz Ferrer (2002); Guasch y Spiller, (1999); Kahn, (1971).

público (infraestructuras) es un elemento esencial de la política económica en cuanto instrumento para la consecución del crecimiento económico y la mejora del nivel de vida de los ciudadanos. En este contexto surgieron significativos estudios empíricos que aportaron evidencias estadísticas de la relación entre la inversión pública en infraestructuras y el crecimiento económico.

Autores como Aschauer (1989 a, 1989 b), Munnell (1990) y Eberts (1986), entre otros, demostraron empíricamente la positiva relación entre la inversión en capital público y el crecimiento económico a través del incremento de la actividad inversora privada. El trabajo de Delong y Summers (1991) contribuyó decisivamente a comprender la naturaleza de tal relación revelando la conexión entre la inversión privada en equipamiento y el ratio de crecimiento económico. Asimismo, algunos estudios han reflejado la relación directa entre el capital público y la reducción de los costes de producción privada (Morrison y Schwartz, 1992), entre capital público, productividad y beneficios (Lynde, 1992) o entre la provisión de infraestructuras por el Estado y el aumento de la actividad inversora privada (Aschauer, 1989 a, 1989 b, Eremburg, 1993).

Estas conclusiones, contrastadas con la demostración de la existencia de una relación directa entre la inversión en infraestructuras y la inversión privada en equipamiento, y de ésta con la productividad y los salarios reales, soportan la prueba de que la inversión en infraestructuras públicas tiene un efecto positivo, tanto a corto como a largo plazo, sobre la inversión privada, el crecimiento económico y los salarios reales, componentes esenciales del estándar de vida de la población.

Por tanto, el capital público, en especial la inversión en las infraestructuras, es un elemento esencial e imprescindible, aunque no suficiente por sí mismo, en todo el proceso de producción económica y consecuentemente para el crecimiento (Romp y De Haan, 2005: 41; World Bank, 1994: 19).

El ámbito de inversión en infraestructuras comprende, como se ha visto, un amplio compendio de sectores económicos que, tomados en conjunto, representan una parte importante de la economía de un país<sup>134</sup>. Veámoslo de forma detallada en el cuadro siguiente:

CUADRO 7: VALOR AÑADIDO DE LAS INFRAESTRUCTURAS POR GRUPOS DE PAÍSES (EN PORCENTAJE SOBRE GNP)<sup>135</sup>

SECTOR	PAÍSES RENTA BAJA	PAÍSES RENTA MEDIA	PAÍSES RENTA ALTA
Transporte y comunicaciones	5.34	6.78	9.46
Energía (gas, electricidad y agua)	1.29	2.24	1.87

Fuente: *The World Bank* (1994: 13).

Esta realidad cobra una especial significación en el caso de los países en vías de desarrollo<sup>136</sup>, demostrándose una relación directa entre el nivel de

<sup>134</sup> En estimaciones del Banco Mundial el sector de las infraestructuras, incluidos los servicios asociados e ellas, ascendería en términos de valor añadido a un porcentaje entre el 7 y el 11 por ciento del Producto Interior Bruto (PIB) en función de los grupos de países, destacando el transporte como el sector más relevante económicamente (*The World Bank*, 1994: 13).

<sup>135</sup> A efectos analíticos y funcionales el principal criterio utilizado por el Banco Mundial para clasificar las distintas economías es el PIB per cápita (*Gross National Product (GNP)*). Cada economía es clasificada en niveles de renta *Bajo*, *Medio* (subdividido en *Medio-Alto* y *Medio-Bajo*) y *Alto*. Sin perjuicio de que los cambios en la renta per cápita de los países pueden variar a lo largo del tiempo, variando asimismo los grupos de clasificación, los datos históricos y proyecciones se presentan en base a los mismos grupos de países. Los niveles utilizados en el *World Report* (1994) se definen según el siguiente criterio:

- Nivel bajo de renta: países con GNP per cápita igual o inferior a 675 \$ en 1992.
- Nivel medio de renta: países con GNP per cápita entre 675 y 8.356 \$ en 1992.
- Nivel alto de renta: países con GNP per cápita igual o superior a 8.356 \$ en 1992.

Los dos primeros grupos se catalogan también como países en vías de desarrollo.

<sup>136</sup> Las infraestructuras en estos países alcanzan un total del 20 por ciento del total de la inversión y entre el 40 y el 60 por ciento de la inversión pública, sobre un porcentaje del PIB de hasta el 8 por ciento, y afianzando su importancia económica y social como instrumento para el crecimiento, la reducción de la pobreza y la sostenibilidad (*The World Bank*, 1993:14). De acuerdo con este criterio, el Banco Mundial ha clasificado los distintos países en función de la región geográfica y su posición respecto del acceso a las infraestructuras básicas, demostrando una tendencia ascendente del nivel de renta de cada economía a medida que la disponibilidad de aquellas es mayor. Se deduce igualmente una relación de coincidencia entre las regiones geográficas y las variables anteriores, con mayor desequilibrio en el acceso a infraestructuras se produce en el Norte y Este de África, Latinoamérica y las regiones del

renta en términos de PIB de un país y el grado de desarrollo de las infraestructuras más esenciales como el transporte, el abastecimiento de agua y energía eléctrica y las comunicaciones, de modo que a mayor acceso de la población a las mismas mayor es el aumento de la renta *per cápita*<sup>137</sup>.

En tal sentido se constata que las infraestructuras no son un fin en sí mismas sino un medio para la provisión de bienes y servicios que asegure el crecimiento económico y la prosperidad, contribuyendo así a la mejora de la calidad de vida de los ciudadanos, incluyendo la protección social, la salud, la seguridad de la población y la sostenibilidad del medio ambiente. Consecuentemente, como señalan Stevens y Schieb (2007) los sistemas infraestructurales interactúan unos con otros en un constante incremento de la interdependencia y la complementariedad, al tiempo que también aumenta su vulnerabilidad, por lo que se divisan nuevos retos a las políticas públicas como la interoperabilidad y la confianza respecto de aquellos.

Si en el pasado las infraestructuras han sido fundamentales en su contribución al bienestar social y económico la perspectiva futura es que seguirán desempeñando un papel esencial para el desarrollo socioeconómico de los países, especialmente porque las economías en red están cada vez más presentes y las sociedades son más dependientes del crecimiento estable de un amplio espectro de infraestructuras y servicios<sup>138</sup>. En este

---

Caribe así como el este asiático y el Sur del Pacífico, mientras que en el África Sub-Sahariana, Sur y Este de Asia y Europa las diferencias se reducen (The World Bank, 1993: 3).

<sup>137</sup> El tipo de infraestructura disponible también determina el alcance del crecimiento económico para reducir efectivamente la pobreza. Así, se prueba la relación entre la disponibilidad de infraestructuras básicas y el nivel de renta en términos de GNP en países en vías de desarrollo y, en particular, dicha relación referida al acceso a la energía eléctrica, las carreteras, el suministro de agua, y las comunicaciones en términos de porcentaje de hogares con electricidad, kilómetros de carreteras asfaltadas, población con acceso a agua potable y líneas telefónicas por cada mil habitantes. (The World Bank, 1993: 5).

<sup>138</sup> Las proyecciones para las próximas dos décadas según el Banco Mundial sugieren que la economía mundial crecerá cerca del 3 por ciento anual hasta 2030 gracias al empuje de los países en desarrollo, cuyo crecimiento superará con un amplio margen a los desarrollados (4 por ciento frente a 2,4 por ciento respectivamente). En este sentido, las exigencias de nuevos sistemas de infraestructuras en los países de la OECD, así como también en los más grandes y pujantes de los no pertenecientes a la misma como Brasil, India o China, están creciendo de forma imparable y ello tiene directa relación con el crecimiento económico y las políticas promotoras del desarrollo económico y la competitividad (The World Bank, 1997).

escenario se intensificará el efecto multiplicador asociado a las infraestructuras, esto es, el crecimiento provoca más demanda de infraestructuras y éstas generan aún más crecimiento. En definitiva, la globalización y la aparición de nuevos mercados y países emergentes generarán necesidades crecientes de sistemas infraestructurales para el transporte, la energía y las comunicaciones (The World Bank, 1997).

Las infraestructuras representan, por tanto, un elemento capital para la actividad económica, no solamente por su consumo directo por los usuarios, sino por su participación en la práctica totalidad de los procesos de producción de los distintos sectores económicos y, en tal sentido, diferentes estudios en los últimos años se han dirigido a la estimación de la productividad de la inversión en infraestructuras tal y como muestra el cuadro 8 (The World Bank, 1994: 15).

Así, por un lado, en análisis con base en series históricas se ha demostrado la relación entre la inversión en infraestructuras y el crecimiento del PIB y, por otro, los estudios por sectores –transporte y comunicaciones principalmente- muestran la correlación entre la inversión pública en infraestructuras y el crecimiento económico en países en vías de desarrollo (The World Bank, 1994: 15)<sup>139</sup>.

---

<sup>139</sup> Sobre esta base se constata la importancia esencial de la implementación de una extensa red de infraestructuras como elemento decisivo para contribuir al desarrollo económico de un territorio y, en particular, en el caso de áreas deprimidas o en vías de desarrollo en las que la carencia de los servicios esenciales y adecuadas estructuras de comunicación dificulta el establecimiento de una actividad económica sostenida (The World Bank, 1994: 15).



CUADRO 8: ESTUDIOS SOBRE PRODUCTIVIDAD DE LAS INFRAESTRUCTURAS

AUTOR/AÑO	PAÍS MUESTRA	OBJETO/TIPO INFRAESTRUCTURA
Aschauer 1989	Estados Unidos	Inversión en capital público no militar
Munnel 1990	Estados Unidos	Inversión en capital público no militar
Holtz-Eaquin 1992	Estados Unidos (48 estados)	Inversión en capital público
Duffy-Deno y Eberts 1991	Estados Unidos (5 áreas metropolitanas)	Inversión en capital público
Mera 1993	Japón	Infraestructuras industriales
Prud'Homme 1993	Francia	Inversión en capital público
Uchimura y Gao 1993	China	Transporte, agua y comunicaciones
Uchimura y Gao 1993	Corea	Transporte, agua y comunicaciones
Bregman y Marom 1993	Israel	Transporte, agua, energía eléctrica y saneamiento
Shah 1992	Méjico	Transporte, energía eléctrica y comunicaciones
Canning y Fay 1993	Varios países OCDE	Transporte
Canning y Fay 1993	Varios países vías desarrollo	Transporte
Easterly y Rebelo 1993	Varios países vías desarrollo	Transporte y comunicaciones

Fuente: World Bank, (1994:15).

Existe, por ello, un general consenso en la especial atención que los gobiernos deben dedicar a los programas de potenciación de las redes de infraestructuras por su decisiva contribución a la cohesión territorial y social de un Estado y, en último término, al crecimiento económico y el aumento del bienestar de la población.

De la misma forma, el acceso universal a las infraestructuras esenciales se constituye en elemento de capital importancia desde el punto de vista de los derechos individuales de los ciudadanos y su garantía efectiva se

consolida en las democracias actuales como una manifestación del principio de equidad y la protección de la igualdad de oportunidades entre todos los ciudadanos. En tal sentido se plantea el acceso a un nivel básico de infraestructuras como un derecho esencial de todos los individuos, similar al del acceso a la educación o la sanidad aunque en un grado inferior de prioridad, que deriva hacía su inclusión como contenido mínimo y esencial de los servicios públicos que deben ser atendidos necesariamente por el Estado (Gómez-Ibáñez, 2003: 5).

La configuración del acceso a las infraestructuras como un derecho individual y como un elemento esencial desde la perspectiva de la equidad no está, sin embargo, aceptada de forma absoluta, siendo su contenido y alcance discutidos por parte de la doctrina, en particular en lo relativo a la clasificación de las telecomunicaciones bajo tal consideración (Crandall y Waverman, 2000; Jamison, Berg, Gasmi, Távara, 2005: 26). Su calificación en Europa como servicio universal demuestra, sin embargo, una aceptación más pacífica de este planteamiento.

### **III. INSUFICIENCIA DE LAS INSTITUCIONES DEL MERCADO PARA FACILITAR LA PROVISIÓN DE INFRAESTRUCTURAS.**

Reafirmada la necesidad de invertir en capital público desarrollando redes de infraestructuras que den soporte material al sistema público de servicios, se plantea la cuestión de qué agente económico debe proveerlas.

Una de los principales cometidos de las políticas económicas de los gobiernos es la asignación de la responsabilidad en la provisión de bienes y servicios entre los sectores público y privado (De Bettignes y Ross, 2004: 139), estableciendo los respectivos papeles que el Estado y el mercado libre deben desempeñar en la producción y distribución de los mismos. La historia del pensamiento económico ha recogido las continuas fluctuaciones entre las tendencias más proclives a la iniciativa privada y del mercado, por un lado, y las que abogaban por la presencia pública en la vida social y económica

mediante la intervención directa en la toma de decisiones sobre la producción de bienes y servicios<sup>140</sup>.

## 1. DEL ESTADO LIBERAL AL ESTADO SOCIAL.

La doctrina del liberalismo que presidió la vida económica durante buena parte de los siglos XVIII y XIX abogaba por el mínimo protagonismo del Estado en la vida económica al asumir que, dado el limitado número de decisiones económicas que deben afrontarse en una economía de mercado y la ineficiencia inherente a cualquier decisión pública en sí misma, el menor número posible de decisiones tomadas por el sector público necesariamente aumentaría el margen de actuación del sector privado mediante la acción de las propias fuerzas del mercado contribuyendo al crecimiento de la eficiencia y la productividad de la economía.

En tal sentido basaban su modelo de crecimiento en el estímulo de la inversión privada en equipamiento por su importancia de cara al aumento de la productividad de la economía, dejando al mercado y a la competencia la acción de ajuste del equilibrio entre oferta y demanda, sin que la acción pública pudiera intervenir en el mercado por resultar ineficiente y distorsionadora de dicho equilibrio<sup>141</sup>.

---

<sup>140</sup> La trayectoria en la provisión de infraestructuras y redes de servicios públicos, especialmente en el ámbito local y urbano, arroja pruebas claras acerca de la rica variedad de fórmulas que han combinado la participación pública y privada en la propiedad, financiación y operación de estos servicios, hasta el punto de que la multiplicidad de opciones existentes no puede ser encuadrada en la simple distinción entre lo público y privado. La doctrina pone de manifiesto que las diversas fluctuaciones entre alternativas con mayor o menor grado de participación privada han aparecido en los distintos países y momentos de manera desigual, viéndose influenciado el proceso de toma de decisiones por variables de índole política o institucional acerca del papel de los sectores privado y público en la economía, el carácter público o privado de los bienes o servicios a proveer y consideraciones circunstanciales de lugar y tiempo. Véase en este sentido Jacobson, y Tarr (1995).

<sup>141</sup> Las políticas públicas liberales potenciaron el incremento de la inversión privada en activos físicos que, al adicionarse al stock de capital público, relanzarán el crecimiento económico, la productividad y los salarios reales y, en definitiva, el nivel de vida. Asimismo, el efecto *crowding out* determinaba que, en los casos en que los sectores público y privado compiten por los mismos recursos o proyectos de inversión, el aumento de la inversión en capital público tendrá un efecto negativo sobre la inversión privada provocando su disminución (Erenburg, 1994).

El Estado liberal o del *laissez faire, laissez passer*, frase utilizada por primera vez por el fisiócrata Jean-Claude Marie Vicent de Gournay señalando que el Estado debía “dejar hacer, dejar pasar que el mundo va por sí mismo”, por tanto, se abstenía de intervenir en la economía y su papel se reducía al ejercicio de las funciones y potestades imprescindibles para garantizar el marco adecuado en el que los individuos pudieran desarrollar libremente sus actividades. En Estado Liberal de Derecho clásico los derechos del individuo se oponen al Estado como una órbita separada en la que éste nunca puede intervenir y, por ello, no pueden ser conculcados. Tales derechos representan en su conjunto la libertad natural del hombre, son los “derechos de libertad” que pueden identificarse con la teórica situación de libertad del hombre en la naturaleza sin convención ni pacto alguno que pueda limitarlos<sup>142</sup>.

Al Estado le correspondía la protección de la vida y la propiedad, la creación del marco jurídico de relación entre los individuos y la seguridad pública, esto es, Defensa, Derecho y orden público o policía, correspondiendo la actividad económica a la esfera de la sociedad (Montero Elena, 1996: 60). Como lo definió irónicamente el fundador de la socialdemocracia alemana Ferdinand Lasalle “el Estado es un mero vigilante del orden, un gendarme nocturno cuya misión es mantener la seguridad y el orden público. Y nada más” (De Vega, 1997: 369). En esta concepción de “Estado Gendarme” el poder se concibe como un derecho subjetivo del que el Estado es titular y su ejercicio tiene como única finalidad el mando o soberanía frente a los ciudadanos (Chinchilla Marín, 1997: 66, 67).

---

<sup>142</sup> Los derechos del primer liberalismo o derechos de libertad clásicos se resumían según Locke en la dualidad entre propiedad y libertad. Según esta postura contractualista los derechos de libertad suponían la libertad natural del hombre, esto es, la libertad que el hombre tenía en un hipotético estado de naturaleza y que no podía ser dañada por un pacto. Por tanto la libertad natural de los hombres se coloca frente a cualquier organización del Estado que, al realizarse mediante un pacto, no podrá nunca erosionarla. En tal sentido se concibe el Estado con la única misión de proteger y garantizar la libertad natural del hombre que, condensada en un sistema general de derechos y deberes se configura mediante las Declaraciones de Derechos en las revoluciones burguesas (la declaración de Virginia en Estados Unidos o la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano en la Revolución Francesa). Surge así la construcción del Estado Constitucional como protector de tales derechos y libertades a través de las Constituciones como norma suprema garante de los mismos. Es el inicial Estado Constitucional de Derecho (De Vega, 1997: 367).

Sin embargo, la concepción liberal clásica entró en crisis cuando su sistema de libertades se demostró puramente formal y el individualismo como premisa básica llevó a la desatención de las necesidades sociales y al consecuente aumento de los desequilibrios, acentuados de forma dramática tras la primera guerra mundial y, especialmente, la Gran Depresión de 1929<sup>143</sup>.

Sobre la base de la experiencia liberal, la creencia de que únicamente los mercados producirían el ansiado crecimiento económico, la estabilidad y la convergencia entre los países pronto se demostró incierta ya que ignora el valor de las instituciones en que aquellos se asientan. Ciertamente es que la competencia genera riqueza e innovación, esenciales para el desarrollo de cualquier economía, pero también lo es que los gobiernos son imprescindibles para asegurar el orden, la seguridad jurídica y la cohesión social sin los cuales no existiría una adecuada asignación de los recursos. Su acción, por tanto, debe encaminarse a suplir las carencias que el mercado presenta y permitir el equilibrio necesario que las fuerzas del mercado por sí solas no podrían alcanzar, el equilibrio entre eficiencia y equidad (Cruz Ferrer, 2002: 55).

La quiebra del orden social del mundo liberal dio paso, en línea con las corrientes de pensamiento socialista y la doctrina social de la Iglesia Católica durante el siglo XIX y primera mitad del XX, a una nueva concepción constitucional, el Estado Social, de Bienestar o *Welfare State* que comenzó a asumir la protección de los ciudadanos frente a los riesgos sociales -salud, desempleo, vejez, etc...- incorporando a sus funciones esenciales la propiamente prestacional (Cruz Ferrer, 2002: 56).

---

<sup>143</sup> Entre los axiomas básicos del orden liberal se encontraba la separación entre Estado y sociedad. La esfera social o privada estaba regida por el libre ejercicio de las libertades individuales bajo el imperio de la Ley (representada por los Códigos Civil y de Comercio). Así se asentaban los principios de igualdad ante la Ley, generalidad de la Ley y autonomía de la voluntad. La crisis de estos principios, finalmente meras declaraciones formales sin efectividad práctica, precipitó el inicio de la quiebra del sistema. En el plano estatal o público, la ausencia de protección por el Estado a los ciudadanos, más allá del orden y la policía, devino en una creciente desatención de las necesidades básicas y, consecuentemente, la desintegración del orden social ante la carencia del mínimo bienestar por los ciudadanos.

El Estado Social es, según Forsthoff (1968) la procura existencial o *Daseinsvorsorge*, concepto que se refiere a la función del Estado como procurador de una serie de prestaciones o actividades para los ciudadanos que aseguren la satisfacción de sus necesidades básicas, esto es, el ejercicio de sus derechos y libertades de carácter material. Se trata, no ya de garantizar los derechos de libertad clásicos, como concepción teórica de la libertad humana, sino de facilitar el ejercicio de los derechos de carácter material.

El Estado Social representó, por tanto, la continuación histórica del Estado Liberal de Derecho pero no significó una mera continuidad enriquecida de éste, ello es, una forma de Estado que incorporan los derechos y libertades materiales a los derechos y libertades clásicos, según la teoría mantenida por Forsthoff en Alemania (De Vega, 1997: 376), sino que se trata de una organización de vida comunitaria diferente, una organización estatal distinta (De Vega, 1997: 376).

En este sentido considera el autor, como nos recuerda Pérez Royo (1984: 164), que el Estado de Derecho, en su estructura aseguradora de la libertad, está vinculado a garantías inmediatas e insoslayables de tal libertad y en especial a la triada que integran la igualdad jurídica, la libertad de industria y la propiedad, principios todos que tienden a poner el énfasis en la defensa de los individuos frente al Estado. Por el contrario, las “garantías de naturaleza jurídico-social van ante todo en la dirección no de fijar límites, sino en la de prestaciones positivas, no en la de la libertad, sino en la de la participación” (Forsthoff, 1968: 178)<sup>144</sup>.

En palabras de De Vega (1997: 368) “el Derecho o sistema de derechos es un conjunto que de una manera absoluta y total puede oponerse frente al Estado. Pues bien, frente o junto a este esquema de derechos van a aparecer los “derechos sociales” caracterizados por la circunstancia de que ni se trata

---

<sup>144</sup> Sobre las distintas posiciones doctrinales acerca de la distinción entre Estado de Derecho y Estado Social puede verse también a De Vega (1997: 366).

de reconocer sólo y teóricamente la libertad absoluta del hombre sino de permitir que esa libertad teórica pueda tener una traducción práctica efectiva”.

Se abandona la idea liberal de que la creación de riqueza y el crecimiento económico permitirá a los individuos por sí solos encontrar la satisfacción de sus necesidades, la elevación de su nivel de vida y, en último término, su felicidad, para asumir la necesaria participación del Estado como protector y proveedor de los servicios que demanda la ciudadanía para alcanzar su bienestar y tranquilidad. Se pretende sustituir el individualismo y el afán de lucro como valores propios de la etapa liberal por el interés público y el bien común, y se encomienda su aseguramiento al Estado mediante su intervención directa en la vida económica y social.

Del inicial *Welfare State* o Estado Asistencial garante de la satisfacción de las necesidades más esenciales del ciudadano para mitigar las desigualdades sociales que encontramos en Forsthoff, va surgiendo la concepción del Estado como responsable de toda la esfera social de los ciudadanos a los que debía proveer de todas aquellas prestaciones consideradas importantes para alcanzar un mayor nivel de bienestar y contribuir igualmente a la cohesión social y la equidad del conjunto de la sociedad.

Como señala el propio autor, el paso del orden liberal al Estado Social actual ha supuesto igualmente que el espacio vital dominado del que disponía el ciudadano se ha reducido al mínimo proporcionalmente al aumento progresivo de la intervención del Estado en la procura de servicios y actividades de carácter material a la sociedad; el Estado nos proporciona hoy un espacio vital no dominado pero sí efectivo mucho más rico que el espacio vital dominado del siglo XIX<sup>145</sup>.

---

<sup>145</sup> Como señala el propio autor, “el ciudadano en el siglo XIX, en el mundo de los derechos y libertades de primera generación, tenía un espacio vital dominado que era todo lo definido por su derecho de propiedad y, conforme al cual unos eran más ricos y otros más pobres. La

Surgen así los servicios públicos como elenco de prestaciones esenciales para la vida social y económica de una sociedad y de las que depende en gran medida el bienestar, la seguridad y la cohesión de la comunidad en su conjunto. Por una parte se distinguen los servicios públicos sociales como la sanidad, la enseñanza, la seguridad social o los servicios públicos locales o urbanos que resultan necesarios para la vertebración social de la colectividad. En segunda instancia, y no menos importantes, los servicios públicos económicos contribuyen decisivamente al crecimiento económico y la cohesión territorial de un Estado e incluyen el transporte, las comunicaciones y la energía (Chinchilla Marín, 1997: 66)<sup>146</sup>.

La regulación jurídica de estas actividades se traducirá en modelos distintos en función de las circunstancias de cada país: en Reino Unido aparecen los *public utilities*; en Alemania la *Daseinsvorsorge*; en Francia se

---

satisfacción de las necesidades de la vida era el hombre el que tenía que satisfacerse. A partir de ahora, el espacio vital es mínimo" (Forsthoﬀ, 1968).

<sup>146</sup> La noción de servicio público surge de la doctrina y la jurisprudencia francesas a finales del siglo XIX y principios del XX. Lo utilizó primeramente el Consejo de Estado francés como criterio de deslinde de competencias entre la jurisdicción ordinaria y la administrativa, esto es, como regla de definición de la competencia y, en último término, de la extensión del Derecho Administrativo (sentencias Blanco, de 1873, Terrier, de 1903 y Vosges, de 1912), consagrando el principio de que "todo lo que concierne a la organización y funcionamiento de los servicios públicos propiamente dichos, aunque la Administración actúe por vía de contrato, constituye una operación administrativa que es, por su naturaleza, del dominio de la jurisdicción administrativa".

Este concepto primigenio fue objeto de una primera reflexión doctrinal a través de Hauriou (1927) que destacó el servicio público y, consecuentemente el Derecho Administrativo, como "un fruto tardío de la civilización después de que los gobiernos sólo se preocuparan de oprimir al pueblo haciéndoles pagar la paz y la seguridad que les procuraban sin preocuparse lo más mínimo de proporcionarles servicios públicos". La definitiva Teoría de los Servicios Públicos fue desarrollada por la llamada Escuela de Burdeos (Jezé, 1930; Duguit, 1928, Rolland, 1943-1944, entre otros) haciendo de esta figura el centro de las instituciones de Derecho Público hasta el punto de afirmar que los tres elementos esenciales del Estado eran la nación, el territorio y los servicios públicos (Duguit, 1928). Todo el Derecho va a explicarse a partir de la idea de servicio público, todas las instituciones pasan por él: la función pública, el dominio público, las obras públicas y la responsabilidad pública. Como elemento estructural básico justificará las propias prerrogativas administrativas, su régimen jurídico exorbitante, en tanto su finalidad es la acción prestacional. El sustrato ideológico presente en esta teoría se sostenía sobre la idea de la *solidaridad social*, que legitimaba el poder no por su origen sino por su finalidad de servir a los ciudadanos mediante la prestación de servicios públicos para satisfacer sus necesidades. El Estado, y la Administración Pública que lo personifica, se legitima porque presta servicios públicos y, así, el ejercicio del poder se limita formalmente por el Derecho y materialmente por la vinculación a un fin determinado que se identifica con la necesidad de servir al interés público.



formula la teoría del *service public*, en la que se inspira posteriormente la concepción española del servicio público (Rivero Ortega, 2005: 158).

## 2. LA IMPORTANCIA DE LOS VALORES PARA LA REGULACIÓN.

El problema de la elección por un Gobierno del modelo de regulación que resulte más adecuado para la provisión de infraestructuras trasciende el análisis puramente económico en tanto que se anuda estrechamente a consideraciones más cercanas al plano ideológico o filosófico relacionadas con los valores u objetivos que se persigan. En este sentido, los criterios que evalúen la idoneidad de cada una de las alternativas para regular eficientemente la provisión de un bien o servicio determinado, además de aspectos técnicos, atenderán a los fundamentos mismos de cada sociedad y la posición que los agentes -el Gobierno, el mercado y la sociedad- deben ocupar en el esquema de organización establecido.

Por un lado, se toma como referencia el mercado como contexto básico de actuación desde los principios de voluntariedad y utilidad. El mercado libre permite a los individuos la interacción a través de intercambios voluntarios de bienes y servicios cuya finalidad, en último término, es proporcionar una situación más favorable de la que aquellos tenían con anterioridad ya que, de otra manera, las partes no accederían a dichos acuerdos. Desde esta perspectiva la sociedad buscará la mayor satisfacción y bienestar de sus ciudadanos facilitando un marco estable en el que se desarrollen las transacciones voluntarias entre ellos y esto se conseguirá principalmente a través del establecimiento y garantía de condiciones de libre competencia en los mercados.

Pero junto a estos principios, muy arraigados en determinadas sociedades a lo largo de la historia, se ha impuesto un consenso generalizado sobre la necesidad de atender igualmente otros valores y garantizar su protección. La importancia de reducir las desigualdades entre los individuos y mejorar su nivel de vida en el seno de una sociedad prueba como esencial el

principio de equidad, a pesar de las diferencias de criterio existentes sobre su propio concepto y la forma de alcanzarlo.

Así, la garantía de unos servicios públicos mínimos esenciales de acceso universal y gratuito para todos los ciudadanos como la educación o la asistencia sanitaria significan la materialización práctica de dichos valores capitales en el desarrollo de una colectividad en combinación con la promoción de la libertad individual y la competencia (Cruz Ferrer, 2002: 67)<sup>147</sup>. En el ámbito de las infraestructuras, como se ha señalado anteriormente, este planteamiento introduce la controversia sobre qué servicios deben ser considerados como un mínimo esencial y necesario para los ciudadanos, resuelta favorablemente en el caso del transporte y la energía, pero no tanto en el de las telecomunicaciones (Malaret, 1997: 106)<sup>148</sup>.

La protección de estos valores inclina la decisión regulatoria hacia esquemas con mayor presencia de la iniciativa pública, y ello significa la introducción de parámetros sociales y de interés público en el diseño de las políticas de regulación y, por encima de todo, la posibilidad de recurrir a la acción coercitiva para el impulso de determinadas estrategias en un contexto monopolístico que queda siempre reservada al Gobierno.

### 3. LA TEORÍA DE LOS FALLOS DEL MERCADO.

De modo paralelo a las anteriores corrientes de pensamiento, en el plano económico se va fraguando la teoría de los fallos del mercado alimentada por

---

<sup>147</sup> El autor señala el carácter imprescindible del gobierno para establecer el orden y la seguridad para promover la cohesión social así como la sociedad y las instituciones lo son para la formación del individuo. Se abre así una nueva perspectiva de análisis, la tercera vía (Stiglitz, 2001), que supera las teorías simplistas y busca el adecuado equilibrio entre mercado, gobierno y sociedad (Cruz Ferrer, 2002: 67).

<sup>148</sup> Según Malaret (1997: 106) la frontera que define servicios públicos básicos tradicionales es difusa, provisional y está sometida a revisión, y ello se manifiesta claramente en el sector de las telecomunicaciones. La innovación tecnológica está acelerando importantes cambios en la regulación del sector hacia lo que se viene a llamar "la sociedad de la información". Las tecnologías de la información y las comunicaciones están transformando aspectos vitales de la organización económica y social convirtiéndose en el eje de la sociedad actual por su carácter estratégico e imprescindible para el crecimiento, la productividad y la competitividad de un país.

los graves desajustes producidos durante los últimos años de la etapa liberal y que culminará en los años treinta del siglo XX. Con la Gran Depresión y el periodo de la posguerra mundial el mundo asistió al derrumbamiento de la euforia liberal y su apuesta por la creación de riqueza lineal que aseguraba un crecimiento sostenido gracias a la acción del libre mercado, y experimentó un escenario de recesión generalizada con funestas consecuencias socioeconómicas en forma de escasez, desempleo y miseria. La manifiesta incapacidad del mercado para resolver los desequilibrios producidos en el sistema económico impulsó una reacción política en busca de una decidida intervención del Estado para paliar las distorsiones que el mercado produce y asegurar el bien común.

Desde el punto de vista doctrinal se abrazan las teorías keynesianas que afirmaban la necesidad de inversión pública en momentos de recesión, que según el propio autor se producían de forma cíclica, activando así el mercado y promoviendo la expansión económica aunque ello significara aceptar unas condiciones de déficit en las cuentas públicas. En momentos de bonanza económica, sin embargo, el Estado debía abstenerse de invertir para generar el superávit que le permitiera volver a reactivar los ciclos de recesión mediante nuevo gasto en inversión (Keynes, 1936). Se demuestra también que las externalidades positivas derivadas de la inversión en capital público (efecto *crowding in*) exceden de los efectos negativos causados por el efecto *crowding out*, convirtiéndola en netamente positiva (Eremburg, 1993).

Sobre esta teoría de los “fallos del mercado” germinó la corriente de pensamiento económico imperante en los países occidentales, Estados Unidos, Gran Bretaña y la Europa Continental, desde la década de los años treinta del siglo veinte hasta finales de los años setenta y principios de los ochenta, y que se caracterizó, tal y como se ha visto a lo largo de este trabajo, por el intervencionismo estatal en la economía como medio para afrontar la descomunal inversión necesaria para afrontar el conflicto bélico mundial, en primer lugar, y la reconstrucción de los países tras la finalización de éste

(Megginson y Netter, 2003: 28; Frost, 1991: 36-58; Carreras y Tafunell, 1993: 127-174)<sup>149</sup>.

Reforzados en su legitimación por el profundo sentimiento nacional reinante en el momento y la necesidad de relanzar la economía y reconstruir la nación, los Estados asumieron como propia la colosal tarea a través del aumento del gasto público y la nacionalización de bienes y servicios en manos privadas. Especial importancia revistió tal proceso en el ámbito de las infraestructuras (Megginson y Netter, 2003: 28).

Veamos los principales fallos del mercado en relación con las infraestructuras, la problemática de los bienes públicos y el monopolio natural<sup>150</sup>.

#### 4. ANÁLISIS DE LAS INSUFICIENCIAS DEL MERCADO FRENTE A LAS INFRAESTRUCTURAS.

##### A. La problemática de los bienes públicos.

Un primer obstáculo para la plena aceptación de las teorías negadoras de la presencia pública en la economía es la asunción de lo que viene a llamarse la “falacia de las decisiones limitadas” en base a la consideración de que en una economía de mercado además de bienes privados también deben

---

<sup>149</sup> Como se ha explicado en el capítulo segundo, la reacción frente a la situación de crisis económica y la necesidad de impulsar el protagonismo del Estado en la economía durante la posguerra mundial propiciaron el abandono de las teorías capitalistas y el inicio de los procesos de nacionalización. El *New Deal* de la administración Roosevelt en Estados Unidos así las políticas de estatalización de las infraestructuras en los sectores del transporte y la energía en Reino Unido, Francia y España, vinieron a responder a los supuestos fallos del mercado y del sistema capitalista en general.

<sup>150</sup> Pese a que en el ámbito de las infraestructuras los principales fallos del mercado son su consideración como bienes públicos y la condición de monopolio natural, en la teoría de la regulación existen otras variadas causas que justifican la intervención del gobierno en la provisión de bienes y servicios para suplir las insuficiencias del mercado. Cruz Ferrer (2002: 155-170) y el The World Bank (1997: 28) sintetizan dichas causas refiriéndose a la teoría de la competencia imperfecta, conductas anticompetitivas (Kirzner, 1997), costes de información y transacción (Coase, 1937), problemas de racionalización y coordinación, externalidades o efectos externos (Coase, 1937; Bustamente, 1993: 103; Posner, 1992: 10), mercados incompletos y problemas de información, problemas de selección adversa y riesgo moral, equidad, entre otras.

producirse bienes públicos y, en lo que respecta a la provisión de éstos últimos, la idea de la ineficiencia inherente a la actividad del sector público pierde por completo su virtualidad (Eremburg, 1994).

La doctrina distingue entre distintos tipos de bienes en la economía cuya diferente naturaleza y características condicionan decisivamente el modo en que deben ser provistos y distribuidos. Dicha clasificación se asienta sobre dos parámetros principales relativos a su uso o consumo: *la exclusión* y *la rivalidad* (Ostrom, 1977: 7-14). Veamos en qué consisten.

Un bien o servicio es susceptible de *exclusión* cuando el potencial consumidor o usuario puede ser excluido de su uso o consumo si no reúne las condiciones establecidas por el proveedor, como por ejemplo, el pago del precio fijado. Esta es una cualidad ordinaria en un gran número de bienes y servicios que de forma habitual se consumen. Piénsese, por ejemplo, en el servicio de televisión por cable cuyo uso sólo podrá producirse si se paga el precio estipulado por el suministrador. Desde ese punto de vista, cualquier potencial consumidor que no esté dispuesto a efectuar dicho pago podrá ser excluido de la utilización de ese servicio (Savas, 2000: 42).

Por el contrario un bien o servicio no es excluible cuando es accesible para cualquier consumidor sin necesidad de efectuar pago alguno por él, esto es, nadie puede ser excluido de su consumo con independencia de pagar o no un precio. La cualidad de no exclusión puede predicarse de aquellos bienes que se ofrecen ilimitadamente por la Naturaleza o cualquier otro suministrador de manera que el coste de exigir condiciones de acceso a su consumo como el precio resultaría inviable por su elevado coste. Por ejemplo, el aire que respiramos o los peces que surcan los océanos son bienes cuyo consumo no podría ser excluido en función del pago de un precio ya que

cualquiera puede libremente tener acceso a ellos y resultaría inviable establecer un precio para su consumo<sup>151</sup>.

Así, la condición de exclusión tiene más que ver con cuestiones de coste que de lógica o propia naturaleza de los bienes, como se evidencia en el propio caso de los peces que resultan no excluibles cuando se encuentran libremente en el océano más su consumo puede sujetarse a exclusión cuando se ofrezcan en un mercado o local de venta al público (Savas, 2000: 42). Un castillo de fuegos artificiales gozará de exclusión en las áreas más cercanas al mismo, de forma que puede exigirse un precio por acceder a la zona de asientos que permita verlo de la manera más adecuada y excluir de dicho disfrute a aquellos que no lo satisfagan. Sin embargo resultará prácticamente inviable excluir de su contemplación a los que se encuentren en áreas más alejadas o, incluso, en sus propios domicilios, los cuales accederán libremente a dicho bien sin pagar precio alguno. En estas circunstancias, el mismo bien resultará no excluible<sup>152</sup>.

Esta relación intrínseca entre la condición de exclusión de un bien o servicio y la dimensión de los costes implica que dicha condición no sea absoluta en todos los caso sino que admita distintos grados o niveles, esto es, los bienes o servicios podrán ser más o menos excluibles dependiendo de que la posibilidad de exclusión de potenciales consumidores en función del precio sea más o menos viable.

Pensemos, por ejemplo, en el aparcamiento en las calles de cualquier ciudad. En principio puede establecerse un precio por el estacionamiento

---

<sup>151</sup> Piénsese en la creación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero a la atmósfera o en los estudios sobre cómo asignar derechos de propiedad y explotación sobre bancos de pesca.

<sup>152</sup> No obstante, en estos supuestos particulares se puede considerar también que existen dos bienes diferentes, uno excluible y otro no. Así, por ejemplo, un pescado que ha sido tratado y preparado para su comercialización sería un bien distinto que el mismo pescado cuando nada libremente en el mar. En el mismo sentido, serían bienes distintos la contemplación del castillo de fuegos artificiales desde el área habilitada para ello que desde cualquier otro lugar más alejado.

durante un tiempo determinado y mediante un sistema de vigilancia puede verificarse que cada vehículo que estacione en ellas ha satisfecho la cantidad estipulada, sin embargo, la exclusión no es total ya que no puede impedirse el estacionamiento en sí, que es de libre acceso, sino, en todo caso, imponer una sanción a posteriori en el caso de falta de pago. Por lo tanto, la exclusión total de los usuarios que no estén dispuestos a pagar es prácticamente inviable (sí lo sería en el caso de un parking cerrado) pero existe cierto grado de exclusión en el sentido que la acción coactiva de la autoridad excluye en la práctica a un número determinado de usuarios que no están dispuestos a pagar el precio y desisten de estacionar<sup>153</sup>.

El segundo aspecto a tener en cuenta a la hora de caracterizar un bien o servicio es la *rivalidad* (Savas, 2000: 43)<sup>154</sup>. Esta característica determina que un bien o servicio sólo puede ser usado una única vez por un consumidor o consumidores, de modo que, una vez consumido, no es posible su uso por todos los demás. El bien o servicio se agota, por tanto, con su propio consumo, denominado individual (*individual consumption*) (Savas, 2000: 43).

Un ejemplo de rivalidad puede apreciarse en los productos alimenticios cuyo consumo o uso sólo puede realizarse una única vez, imposibilitando a otros potenciales consumidores su disfrute y ello con independencia de que éstos pudieran acceder a bienes o servicios de iguales características. A este respecto resulta además indiferente que el consumo se lleve a cabo por una o

---

<sup>153</sup> El caso de los faros situados en la costa presenta peculiaridades interesantes. Son infraestructuras costosas y con un gran gasto de energía que prestan un servicio a los navegantes que se acercan a la costa guiándolos hacia el puerto más cercano. A los barcos que utilicen dicho servicio y accedan al puerto les puede ser aplicado el cobro de un cánon o tarifa, por lo que puede considerarse que tienen la condición de excluible (de hecho los faros fueron privatizados en Reino Unido hasta 1842 (Coase, 1974: 357-76) y el propietario cobraba un precio por el acceso al puerto). Sin embargo, puede haber otros navíos que se beneficien de la orientación que les proporciona la luz del faro pero que no accedan al puerto y, en tal sentido, el servicio sería no excluible por cuanto no se podría impedir que tales usuarios lo utilizaran de forma gratuita al no poder aplicarse el pago de la tarifa. En realidad, el servicio de faro propiamente dicho no es excluible, lo que goza de exclusión es el uso o acceso al puerto.

<sup>154</sup> Savas (2000: 43) utiliza la denominación "consumo" (*consumption*) para aludir a esta cualidad de los bienes y servicios.

varias personas siempre que las cualidades del bien disminuyan y finalmente se agoten con aquel.

En todo caso sería un consumo individual o rival. Imaginemos el consumo de pescado por una familia; su adquisición en el mercado y posterior consumo impide que pueda utilizarse por ningún otro consumidor, a pesar de que cualquiera podría adquirir y consumir un pescado de las mismas características, pero nunca el mismo. Igualmente, el hecho de que toda la familia participe en el acto de consumo no invalida la cualidad de rivalidad o consumo individual por cuanto el consumo es único con independencia del número de personas que lo realicen.

A *sensu* contrario un bien o servicio no goza de la condición de rivalidad cuando puede ser disfrutado de forma ilimitada por todos los consumidores al mismo tiempo sin merma alguna en su calidad o disponibilidad, esto es, resulta susceptible de un consumo compartido o conjunto (*joint consumption*) que permite a todos los posibles consumidores o usuarios su utilización simultánea. Sería el caso, por ejemplo, de un programa de televisión o radio que pueden ser consumidos por una audiencia ilimitada de forma simultánea sin que se produzca disminución o menoscabo alguno por el acto de consumo en sí. Igualmente, el uso de las calles de una ciudad resulta un consumo compartido o conjunto por cuanto resultará igualmente disponible para todo aquel que quiera utilizarlas sin que se altere, en modo alguno, sus cualidades para el consumidor<sup>155</sup>.

---

<sup>155</sup> Sobre la condición de rivalidad puede predicarse también la existencia de diferentes grados, de forma que existen bienes o servicios con mayor o menor nivel de rivalidad en función de su nivel de "congestión", esto es, de su capacidad para ser consumido de forma compartida o conjunta sin que se limite o menoscabe su calidad o disponibilidad. Pensemos, por ejemplo, en un parque público cuyo uso, en principio, es accesible de forma simultánea a todos los usuarios que lo deseen. No obstante, sería un bien no rival en tanto no se llegase a un hipotético nivel de saturación de usuarios que redundara en una peor calidad del acceso a las facilidades del mismo por cuanto se superara su capacidad o aforo. Esa posibilidad determinaría que dicho bien no fuese puramente de consumo compartido o conjunto, y su grado de rivalidad dependería de su tamaño o capacidad (el Parque Nacional del Gran Cañón tendrá un grado casi total de no rivalidad por cuanto la posibilidad de congestión es prácticamente inexistente; no así el Parque del Buen Retiro en Madrid en que dicho grado es muy inferior).



Pues bien, los bienes y servicios pueden clasificarse según el grado que posean de ambas cualidades, exclusión y rivalidad, determinándose así diversas categorías, unas puras y otras mixtas, así como las distintas graduaciones entre ambas, y dicha categorización resultará criterio fundamental para determinar las condiciones y el agente que debe proveerlos. Así cualquier suministrador individual estará dispuesto a proveer bienes con rivalidad y exclusión, porque podrá exigir un precio para su consumo, pero no tendrá incentivo alguno respecto de los no rivales y no excluibles por lo que éstos deberán ser prestados mediante una acción colectiva que asegure su suministro pese a no existir las condiciones para un intercambio entre proveedor y consumidor.

Aparecen así, en primer lugar, los dos tipos de bienes puros o ideales por reunir ambas cualidades en su grado máximo o mínimo, y que se denominan tradicionalmente bienes privados y bienes públicos<sup>156</sup>. Por un lado, los bienes privados o individuales son aquellos que gozan de las condiciones de exclusión y rivalidad, esto es, cuyo consumo es individual y excluible, de manera que sólo aquellos que paguen por su utilización podrán beneficiarse de ellos e, igualmente, disfrutan de la nota de rivalidad que determina que su consumo por unos usuarios impide su utilización por los demás. El ejemplo más ilustrativo son todos aquellos bienes o servicios disponibles en cualquier supermercado o tienda comercial: productos de alimentación, ropa, calzado, reparación de vehículos, alquiler de viviendas, etcétera.

La importancia de esta clasificación es capital ya que la naturaleza de los bienes determinará las condiciones necesarias para su prestación y, consecuentemente, el sujeto que la llevará a cabo (Savas, 2000: 45). La producción de este tipo de bienes se desarrolla eficientemente en libre competencia bajo las reglas del mercado por lo que su provisión puede encomendarse a la iniciativa privada asegurando la adecuada utilización de

---

<sup>156</sup>Para evitar la dificultad conceptual para definir lo público y privado, autores como Malkin y Wildawsky (1991: 355-378) aconsejan utilizar como denominación la de bienes individuales y colectivos.

los recursos. Así, los consumidores demandan los bienes o servicios y, de acuerdo a dicha demanda, las empresas proveedoras los producen y suministran de forma voluntaria a los consumidores mediante el precio pactado, rigiendo plenamente los derechos de propiedad y la acción obligatoria de los contratos.

Por el contrario, los bienes públicos o colectivos presentan los rasgos de no exclusión y no rivalidad, lo que implica que ningún usuario puede ser excluido de su consumo independientemente de que pague o no por su uso y que tal consumo no rivaliza con el de los demás de manera que todos los ciudadanos pueden disfrutar de los mismos bienes a la vez. Son los casos típicos de la Defensa Nacional, el Orden Público o la Justicia Criminal, en tanto que su provisión universal no puede dividirse en unidades de consumo individuales pudiéndose disfrutar al mismo tiempo por todos los individuos sin exclusión en función del pago. Así, los beneficios que producen la protección del ejército o la policía en una nación son disfrutados por todos los ciudadanos simultáneamente sin que nadie pueda ser excluido mediante un precio.

Estas características hacen que, en tanto no se puede evitar que los usuarios que no pagan por el bien o el servicio tengan el mismo acceso a su consumo, todos los individuos tienen un incentivo económico para convertirse en “agentes libres” o *free riders*, esto es, beneficiarios o consumidores del bien o servicio sin afrontar el esfuerzo necesario para su provisión mediante el pago de un precio. Ello plantea un problema económico para su provisión en una sociedad ya que la acción individual en condiciones de mercado libre no será rentable para el sector privado, no existiendo empresas interesadas en asumir tal provisión.

Ante la incapacidad *per se* del mercado para proveer tales bienes y servicios debe recurrirse a la acción colectiva del Estado que necesariamente debe hacerse cargo de ella, y tal posibilidad se hace realidad gracias al poder recaudador de que disfruta y que permite que todos los ciudadanos que

consumen tales bienes de forma universal contribuyan de forma coactiva con las exacciones tributarias al pago por su utilización<sup>157</sup>. Estos planteamientos definieron tradicionalmente el escenario en el que se imponía la provisión directa por parte del Estado.

Veamos las características de los bienes privados y públicos en el siguiente cuadro:

CUADRO 9: PROPIEDADES DE LOS BIENES PRIVADOS Y PÚBLICOS

CARACTERÍSTICAS	BIENES PRIVADOS	BIENES PÚBLICOS
Consumo	Individual	Conjunto o compartido por muchos simultáneamente
Pago	En función del consumo; pago por cada consumidor	Sin relación con el consumo; pago por acción colectiva
Exclusión por no pago	Viable	Inviabile
Determinación de la cantidad y calidad de los bienes	Posible	Difícil
Decisión individual de consumir o no	Si	No
Decisión individual sobre cantidad y calidad a consumir	Si	No
Responsabilidad sobre su provisión	Acción individual del mercado	Acción colectiva; decisión pública

Fuente: Savas (2000: 55).

<sup>157</sup> Debe resaltarse que autores como Savas (2000: 53) ponen el acento en el carácter colectivo, que no público, de estos bienes por cuanto lo decisivo para su provisión a falta de iniciativa individual de mercado es la actuación colectiva de todos los potenciales usuarios contribuyendo a su financiación y evitando la existencia de *free riders*, y no tanto la acción pública. Se argumenta al respecto que en determinados casos podría llevarse a cabo esta acción colectiva de forma voluntaria, sin necesidad de la potestad coactiva del Estado, y ello aseguraría la adecuada provisión de estos bienes. Véase, por ejemplo, la protección policial o las brigadas contra incendios auspiciadas por el esfuerzo voluntario de una comunidad o vecindad. La eliminación de *free riders* se consigue, no con la provisión pública y su financiación con recursos coactivamente recaudados, sino por la acción colectiva pero voluntaria de los propios usuarios. En todo caso, estos supuestos se circunscriben a ámbitos muy limitados ya que a mayor escala sólo cabe la intervención pública en su provisión. Otro ejemplo significativo sería el caso de financiación privada de los faros marítimos explicada por Ronald Coase (1974).

Junto a estos bienes puros existen también otros que no participan de ambas cualidades en toda su pureza y, por ello, las condiciones para su provisión comparten los parámetros propios de los bienes privados y públicos. Son los denominados bienes cuasi-públicos (*near public goods* o *toll goods*) que, compartiendo con los bienes públicos la cualidad de no rivalidad, disfrutan de la condición de exclusión de aquellos que no estén dispuestos a pagar por su consumo propia de los bienes privados.

En principio, la condición de exclusión permitiría que estos bienes fueran suministrados de forma individual mediante la acción del mercado en competencia ya que las empresas se verían incentivadas a proveerlos al poder exigir el pago de un precio y excluyendo a los que no lo satisfagan. Sin embargo, el hecho de que su consumo sea no rival y compartido por todos los usuarios determina unas condiciones en su provisión en las que la eficiencia se consigue con la existencia de un único suministrador, es decir, se dan las condiciones propias de un monopolio natural<sup>158</sup>.

La existencia de estos bienes en los que los rasgos propios de los bienes públicos no aparecen en toda su pureza, o lo que es lo mismo, comparten características de ambos tipos de bienes, públicos y privados, los sitúa en un plano intermedio en el que la provisión admite diversas combinaciones entre la responsabilidad de ambos sectores sobre las funciones a realizar, matizando las condiciones que la naturaleza de los bienes y las condiciones del mercado imponen sobre su producción, y admite un amplio margen de matización en relación con las condiciones del mercado. Prueba de ello es

---

<sup>158</sup> Este característico fallo del mercado, al que aludiremos de forma detallada en el apartado siguiente, significa que la producción de estos bienes se caracteriza por la existencia de costes decrecientes, esto es, el coste por unidad producida desciende a medida que aumenta el número de unidades u *outputs* y ello unido a las economías de escala supone que la actuación de varias compañías en libre competencia resulta ineficiente. Ante la incapacidad del mercado en proveer por sí sólo estos bienes de forma eficiente se requiere una acción colectiva a través del protagonismo del Estado que asegure tal provisión y ello bien directamente con sus medios propios o mediante la concesión de la posición monopolística a la iniciativa en forma de licitación pública y manteniendo la regulación de las condiciones de ejercicio de la misma para evitar la explotación de la posición privilegiada en detrimento de los consumidores.

que muchos de estos bienes que se consideran monopolios naturales han dejado de serlo (Poole, 1985) y por tanto no requieren regulación pública alguna.

En este sentido, hay autores que llaman la atención sobre la necesidad de reducir la presencia de la intervención pública en este tipo de bienes y potenciar la entrada de la iniciativa privada a través de las licitaciones públicas o incluso su apertura al mercado en competencia, en tanto que las condiciones de monopolio natural no son absolutas ni permanentes a lo largo del tiempo (Poole, 1985; Baumol, Panzar y Willig, 1982).

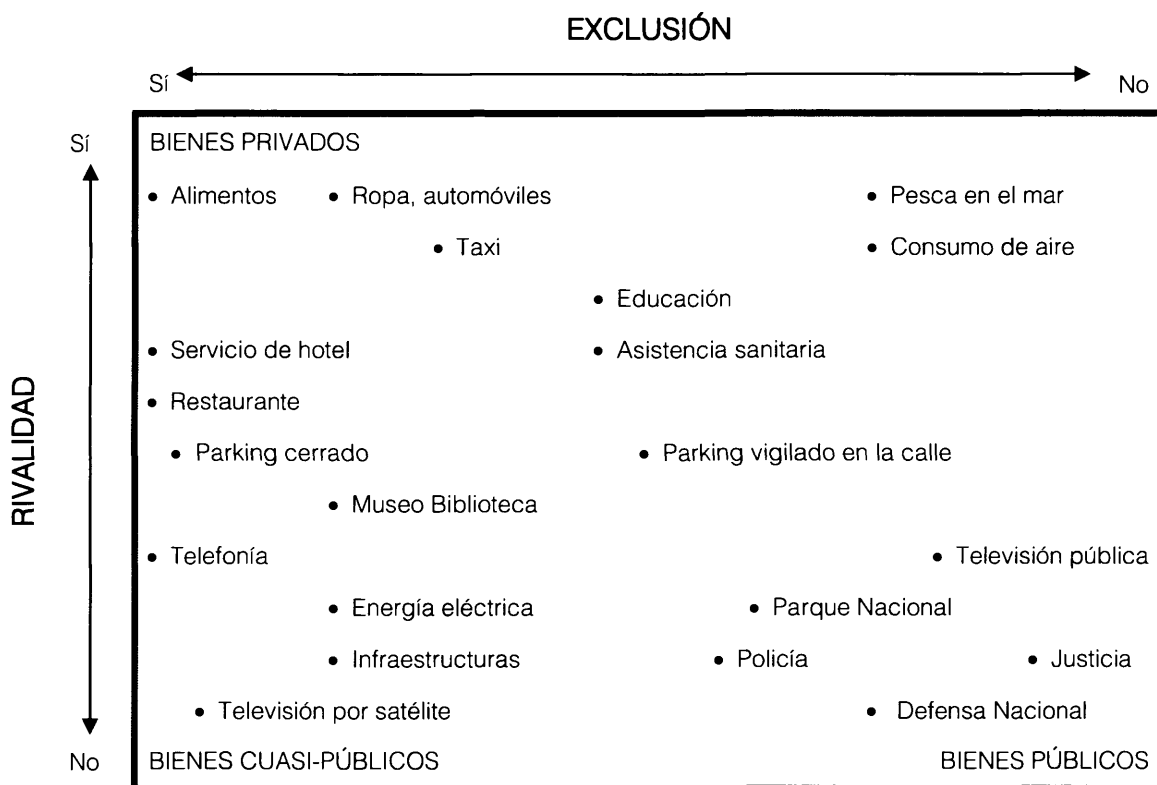
Ejemplos de tales bienes o servicios serían la mayoría de las infraestructuras de transportes, comunicaciones o energía como carreteras o conducción de agua, el servicio telefónico, la televisión por cable o satélite, el uso de una biblioteca o de un museo. Como refleja Vickerman (2003: 6) las infraestructuras raramente cumplen todos los criterios para considerarse bienes públicos, y el caso de las carreteras, puentes, sistemas de saneamiento y abastecimiento de agua y algunas redes de telecomunicaciones son ejemplos de este tipo de bienes; se clasifican como *near-public goods* por cuanto su consumo es compartido por todos los usuarios a pesar de que aquellos que no paguen por su uso podrían ser excluidos del mismo. Por ello, los fallos del mercado en relación con la provisión de estos bienes marginan la acción independiente del mercado libre, y el Estado debe tomar protagonismo sobre la prestación de los mismos, bien directamente a través de sus medios propios, bien mediante la regulación del mercado o contratando con el sector privado (Eremburg, 1994).

Una última categoría sería la de los denominados *common-pool goods*, esto es, aquellos que gozando de la condición de no exclusión tienen un consumo individual. Casos como el del consumo de bienes que la Naturaleza proporciona libremente, el aire o los peces del mar, podrían encuadrarse perfectamente en dicha categoría. Su provisión no puede ser regulada por el mercado en competencia en tanto su disponibilidad es ilimitada y no es

posible su exclusión en función del precio, pero la acción colectiva irá dirigida, no ya a su provisión, que está asegurada, sino a su conservación o protección<sup>159</sup>.

En la figura siguiente se recogen los distintos tipos de bienes y servicios en función de la relación entre las cualidades de rivalidad y exclusión.

FIGURA 4: TIPOS DE BIENES Y SERVICIOS EN FUNCIÓN DE SUS CUALIDADES DE EXCLUSIÓN Y RIVALIDAD



Fuente: Savas (2000.: 46 y 47).

Finalmente debe hacerse referencia asimismo a los denominados bienes de valor social o *worthy goods* que son aquellos bienes privados o cuasi-públicos que, debido a su importancia estratégica, económica o social para una sociedad determinada reciben el tratamiento de bienes públicos y su

<sup>159</sup> En efecto, la libre disposición de estos bienes de forma gratuita e ilimitada en combinación con su consumo individual producen que dicho consumo se multiplique hasta su extinción o agotamiento. Ejemplos como el de los animales en estado salvaje, la pesca en los océanos o el aire que respiramos ponen de manifiesto esta circunstancia de forma clara. La acción colectiva en forma de regulación que proteja la existencia y perdurabilidad de dichos bienes (especies con especial protección, cuotas de pesca o normativa reguladora de las emisiones a la atmósfera) se hace imprescindible.

provisión es asumida por los poderes públicos con cargo a los recursos generales a pesar de que su consumo podría gravarse con un precio que excluyera a los contribuyentes que no paguen. Sería el caso de los bienes y servicios que, en cada momento y lugar, forman parte del mínimo asistencial del *Welfare State* o Estado Social y que, por decisión política relacionada con su carácter esencial para la cohesión social, deben ser prestados directamente por los poderes públicos o subvencionados en todo o parte del coste necesario para su sostenimiento en beneficio de la totalidad de los usuarios o de un grupo elegido de ellos.

Entre los numerosos ejemplos que existen en la actualidad de este tipo de bienes podríamos destacar el caso de las autovías gratuitas que se financian enteramente con cargo a los recursos públicos o el de los museos o bibliotecas cuya utilización puede subsidiarse a determinados colectivos como estudiantes o pensionistas en todo o parte de su precio. Existen también casos de bienes individuales considerados *worthy goods* por su valor social y cuya provisión, total o parcial, es asumida por el Estado a través de los recursos públicos. Sería el caso de bienes de primera necesidad como los alimentos, la educación o la atención sanitaria.

Esta transformación puede tener lugar en virtud de dos posibles planteamientos: por un lado la naturaleza intrínseca de los bienes no cambia por lo que la categoría de los mismos permanece inalterable<sup>160</sup>. No obstante, la sociedad actuando a través del Gobierno decide que tales bienes se proveerán directamente por éste con cargo a los recursos públicos aportados por los contribuyentes o se subsidiará todo o parte de su coste.

Un segundo planteamiento supone la migración de una categoría a otra como consecuencia, no ya de una modificación en la naturaleza de los bienes, sino en la consideración que de su consumo o uso tiene la sociedad. Así, se

---

<sup>160</sup> Ello siempre que no se produzcan avances en la tecnología aplicada en su provisión que pudieran, por ejemplo, permitir la exclusión en función del pago de determinados bienes o servicios y su migración a la categoría de bienes privados o cuasi-públicos.

entiende que el consumo de determinados bienes tiene un beneficio generalizado para el conjunto de los ciudadanos (*externalidad positiva*) pudiéndose considerar asimilado a un consumo compartido o conjunto propio de los bienes públicos y ello invita al protagonismo del Estado en su provisión.

Todo lo anterior viene sustentado en la creencia común de que determinados bienes y servicios de carácter esencial deben ser asegurados de forma universal a todos los ciudadanos mediante la contribución colectiva para su sostenimiento. Ello, como se ha señalado anteriormente en este trabajo, suele encomendarse a los poderes públicos gracias a su autoridad coactiva para exigir la contribución de todos los ciudadanos si bien, en algunos casos, cabe perfectamente su provisión colectiva a través de organizaciones voluntarias no gubernamentales. En cualquier caso las tendencias migratorias entre categorías se verán determinadas definitivamente por condiciones de lugar y tiempo, toda vez que las distintas concepciones políticas acerca del papel del Estado en la sociedad y con ello, el alcance del mínimo esencial que se incluye entre sus funciones, han cambiado sustancialmente en función del país y momento histórico de que se trate.

#### **B. Las condiciones de monopolio natural.**

Otro fallo característico del mercado en relación con las infraestructuras trae causa en las condiciones monopolísticas que acompañan a la provisión de estos bienes y que impiden la eficiente utilización de los recursos por la sola acción de las fuerzas del mercado. Según la doctrina tradicional estamos ante un monopolio cuando un único proveedor atiende toda la demanda de un mercado excluyendo así la competencia por otros posibles proveedores, esto es, siempre que la demanda en un mercado relevante puede satisfacerse al coste más bajo posible por una empresa en lugar de dos o más, con independencia del número de empresas que haya en el mismo (Posner, 1992: 343 y ss; Ogus, 1994: 30-33).



No obstante, para la efectiva eliminación de la competencia es necesario además que exista “control del mercado”, esto es, que dicho proveedor pueda fijar los precios de sus productos por encima de sus costes sin sufrir pérdidas (Gómez-Ibáñez, 2003: 6). La presencia de una única compañía vendedora en el mercado no es condición necesaria ni suficiente para que exista control del mercado ya que puede ocurrir que al fijar sus precios por encima del coste invite a otros competidores a entrar en el mismo. En el caso contrario, la existencia de varios proveedores en un mercado puede significar la existencia de control sobre éste desde el momento en que, mediante acuerdos colusorios, puedan pactar precios sin perder demanda (Gómez-Ibáñez, 2003: 6).

De acuerdo con ello lo que se adivina esencial para la eliminación de la competencia es la existencia de un efectivo control sobre el mercado, y para ello deben darse dos condiciones necesarias: en primer lugar que exista algún tipo de barrera que impida a otras compañías entrar el mercado para competir, bien creada artificialmente por el Gobierno o las propias empresas bien inherente al propio mercado, y en segundo término, que no haya bienes o servicios similares o sustitutivos de los ofrecidos en el mercado a disposición de los demandantes.

Pues bien, el principal ejemplo de barrera de entrada a un mercado derivada de la propia tecnología de la industria o sector de que se trate, esto es, inherente a las condiciones propias del mercado, es el denominado monopolio natural (Gómez-Ibáñez, 2003: 7).

Esta situación, presente en la mayoría de las infraestructuras en red, se caracteriza por la combinación entre unas intensas economías de escala e inversiones inmóviles y permanentes<sup>161</sup>. Veamos dichos aspectos.

---

<sup>161</sup> Para ilustrar estas condiciones en el mercado podemos tomar dos ejemplos contrapuestos: por un lado, el servicio de autobuses urbanos puede considerarse plenamente competitivo ya que la mayoría de las inversiones para su implementación (los autobuses) son móviles y poco duraderas y, asimismo, existen servicios alternativos a disposición de los usuarios como el

En el monopolio natural la competencia se autodestruye resultando que una única compañía es capaz de suministrar a toda la demanda del mercado a un coste inferior a cualquier combinación de dos o más compañías más pequeñas y especializadas (Jamison, Berg, Gasmi y Távara, 2005; Baldwin y Cave, 1999). En esta situación las economías de escala otorgan por sí solas la condición de monopolio natural al mercado por la existencia de costes de producción decrecientes, esto es, el coste por unidad producida desciende a medida que aumenta el número de *outputs*.

Si las economías alcanzan un volumen suficiente para proveer a toda la demanda, en tal caso resultará menos costoso para una sola compañía suministrar todo el mercado que para varias compañías más pequeñas. Teniendo en cuenta que una compañía grande tiene ventaja en términos de coste por las economías de escala, la actuación de varias compañías en las que no se produce esta circunstancia resulta ineficiente en tanto la producción resultará a un coste superior al que correspondería en caso de existir una única compañía en el mercado (Kahn, 1971; Mueller, 1997: 18; Viscusi, Kip, Vernon y Harrington, 2000).

Por otro lado, si una compañía tiene economías de escala es difícil encontrar una eficiente asignación de los recursos mediante el óptimo equilibrio entre el nivel de producción y el precio. Dicho equilibrio se obtiene cuando el precio que los consumidores pagan por un producto es igual a su coste marginal, esto es, el coste de la última unidad u *output* producida. La fijación del precio igual que el coste marginal es difícil en el caso de existir economías de escala porque dichos precios no supondrán ingresos suficientes para cubrir los costes totales de la compañía por la existencia de

---

taxi, el vehículo particular, e incluso el despalazamiento a pie o en bicicleta. Por ello es habitual encontrar varias compañías de autobús para proveer el servicio en una misma ciudad o área urbana. Por el contrario, las infraestructuras de abastecimiento de agua se definen como el clásico ejemplo de monopolio natural ya que las inversiones necesarias son inmóviles y permanentes (las tuberías de conducción se fijan en el subsuelo y su vida útil es de quince años o más) y las alternativas potenciales son poco eficientes o muy costosas (transporte en camiones, depósitos particulares o consumo mediante agua embotellada) por lo que la competencia es escasa o nula.

costes de producción decrecientes, esto es, el coste por unidad producida desciende a medida que aumenta el número de *outputs*. En tal caso el mercado será incapaz de aportar el necesario equilibrio entre los niveles de producción y un precio competitivo, mientras que la regulación de estos bienes por el sector público permite un más eficiente uso de los recursos (Eremburg, 1994).

A este respecto algunos autores llaman la atención sobre la necesaria distinción entre el efecto de las economías de escala y las economías en red. En sectores como las telecomunicaciones o el transporte la red de infraestructuras tiene más valor para los usuarios cuanto mayor es la posibilidad que la misma otorga a nuevos usuarios para unirse a ella. Así, cuanto más grande es la red mayor ventaja tendrá sobre otras redes más pequeñas a la hora de incorporar nuevos usuarios y su valor aumentará hasta llegar a su máxima expresión, que sería la red universal que conectara a todos los usuarios posibles. Las economías en red no implican, sin embargo, que necesariamente el mercado deba ser atendido por una única compañía, lo que ocurre únicamente si existen economías de escala y resulta más barato proveer toda la red por una única compañía que por varias más pequeñas (Kahn, 1971: 123).

No son las economías de escala, sin embargo, el único aspecto definitorio del monopolio natural en las infraestructuras. En la mayoría de las definiciones del monopolio natural se acentúa la importancia de las economías de escala como rasgo esencial en la caracterización de esta figura y minusvalorando de alguna forma la aportación de las inversiones permanentes e inmóviles, denominadas también inversiones o costes hundidos, a la configuración de su naturaleza. Autores como Goldberg (1976), por el contrario, enfatizan la relevancia de este aspecto definitorio llegando incluso a afirmar que es la existencia de inversiones permanentes e inmóviles, y no las economías de escala, el verdadero rasgo caracterizador de los monopolios naturales de infraestructuras.

En efecto, las economías de escala aseguran que hay una única compañía para atender la demanda del mercado en un momento puntual, pero no garantizan que otros competidores de las mismas características puedan desplazar a dicha compañía lo que significa, en último término, una suerte de competencia denominada "*hit and run competition*". Ello ocurre cuando las inversiones necesarias para atender el mercado son móviles o de corta vida útil en tanto que entonces la competencia por el mercado es posible ya que cualquier compañía puede arriesgarse a entrar en el mercado sabiendo que lo puede abandonar en caso de perder o no alcanzar la posición monopolística llevándose las propias inversiones realizadas y sin asumir por tanto pérdida alguna.

Por el contrario, con inversiones inmóviles y permanentes en el tiempo ninguna de las compañías, la monopolística o sus eventuales competidoras, dejarían el mercado perdiendo sus inversiones. Ello implica que la compañía monopolística luchará por mantener su posición de privilegio mediante una bajada drástica y permanente de los precios que controla hasta que los eventuales competidores se desincentiven a entrar ante el riesgo de que en la guerra de precios no consoliden su posición en el mercado y deban abandonarlo perdiendo las inversiones realizadas.

En palabras de Gómez-Ibáñez (20003: 9, nota 3), las inversiones inmóviles y permanentes reducen el riesgo de entrada mediante una barrera basada en los efectos de la lucha por el control del mercado: aumentan los beneficios para el vencedor (obtener la posición de monopolio) y los costes para el perdedor que abandona el mercado (pérdida de sus inversiones). El efecto neto es la desincentivación de los posibles competidores, bien porque no estén dispuestos a asumir los riesgos o porque los beneficios de la eventual victoria sean menores que el coste de las inversiones puestas en riesgo. Este efecto se acentúa en el caso de las infraestructuras que se caracterizan por un elevado componente de capital que, al ser costes o inversiones hundidas, se convierten en una barrera sólida para la entrada de competidores en el mercado consolidándose éste así como monopolio natural.

Analizados los principales fallos del mercado que afectan a la provisión de las infraestructuras, y que justificaron en último término la necesidad de intervención del sector público a través de su regulación, en el capítulo siguiente se examinarán las distintas estrategias o alternativas de regulación que pueden plantear las políticas públicas en función de las condiciones del mercado para la búsqueda de una provisión eficiente de aquellas.

Así, como señalan De Bettignies y Ross (20004: 137) en aquellos casos en que el sector público no estaba satisfecho con la forma y el resultado derivados de la provisión de determinados bienes por el mercado libre, asumía el protagonismo en su prestación. En unos casos por razones relacionadas con la indivisibilidad y no exclusión de los bienes (las carreteras), por el valor social de los mismos (sanidad, educación) o bien por las condiciones de monopolio en que devenía el mercado ante la presencia de economías de escala respecto al tamaño del mismo (el caso de *utilities* o servicios públicos de carácter económico), el sector público podía adoptar diversas fórmulas en relación con su provisión que implicaran diferente distribución de la responsabilidad sobre las distintas funciones entre él mismo y el sector privado.

#### **IV. ESTRATEGIAS DE REGULACIÓN: PROVISIÓN PÚBLICA VERSUS PRIVADA.**

##### **1. PLANTEAMIENTO GENERAL.**

En los apartados anteriores se han explorado las razones que justifican la intervención pública en la prestación de las infraestructuras, que tienen que ver, además de con su carácter esencial desde el punto de vista económico y social, con los fallos del mercado a la hora de proveerlas. Por un lado, los distintos tipos de bienes existentes en la economía y las alternativas de provisión que sus características esenciales determinaban y, por otro, las condiciones de monopolio natural que las infraestructuras representan.

Así, la provisión de los bienes privados o individuales se desarrolla eficientemente en libre competencia bajo las reglas del mercado y bajo la iniciativa privada asegurando la adecuada utilización de los recursos. Los consumidores demandan los bienes o servicios y, de acuerdo a la misma, las empresas los producen y suministran de forma voluntaria a los consumidores en las condiciones pactadas y con plena vigencia de los derechos de propiedad y la acción obligatoria de los contratos.

Por el contrario, los bienes públicos o colectivos plantean un problema económico para su provisión en una sociedad ya que la acción individual en condiciones de mercado libre no será rentable para el sector privado, no existiendo empresas interesadas en asumir tal provisión. Ante el fallo del mercado en proveer tales bienes y servicios debe recurrirse a la acción colectiva del Estado que necesariamente debe hacerse cargo de ella, y tal posibilidad se hace realidad gracias a las facultades recaudatorias de que disfruta y que permite que todos los ciudadanos que consumen tales bienes de forma universal contribuyan coactivamente al pago por su utilización. Ello imponía la provisión directa por parte del Estado.

Finalmente los bienes cuasi-públicos, aquellos que sin reunir todas las características de los bienes públicos comparten también rasgos de los privados, abren diversas posibilidades de regulación pública, entre las que se cuenta la colaboración con la iniciativa privada, en función del grado de monopolio natural que defina el mercado (Klein, 1998; Kerf, Gray, Irwin, Levesque y Taylor, 1998: 13 y 14). En estos casos, como son los de las infraestructuras en red (Vickerman, 2003: 6) cierto grado de influencia del mercado y competencia podrán introducirse a través de la regulación cuando las condiciones del mercado lo permitan.

Las soluciones de regulación al monopolio se pueden clasificar en función del grado de presencia o protagonismo que en ellas tengan las decisiones del mercado, por un lado, y de las políticas públicas por otro, presentando así un amplio espectro de esquemas de regulación que irán

desde la provisión puramente pública hasta la auspiciada por las reglas del mercado pasando por diversas combinaciones de ambas. Así, las estrategias se configuran sobre la base de acción de las instituciones públicas y organismos regulatorios especializados, por una parte, y la primacía de los contratos privados comerciales, por otra, perfilándose un espacio intermedio presidido por una regulación híbrida entre ambos polos que se identifica con la regulación contractual de carácter relacional<sup>162</sup>.

Sobre las anteriores consideraciones, y en un ejercicio didáctico de sistematización de la compleja casuística existente a este respecto, podemos categorizar las distintas soluciones aplicables a las infraestructuras en cuatro grandes grupos de acuerdo a la propuesta de Gómez-Ibáñez (2003: 11 y 12): iniciativa pública, regulación discrecional, contratos de concesión y contratos privados, sin olvidar que la realidad ofrece habitualmente esquemas híbridos que comparten las características de unos y otros.

A modo de resumen, en la figura 6 se ilustra de manera esquemática las diferentes estrategias regulatorias clasificadas en función de la importancia que, en la decisión de las condiciones de la provisión -tarifas y estándares de servicio-, adquiere el mercado, por un lado, y las políticas públicas gubernamentales por otro, tal y como se ha examinado en este capítulo.

---

<sup>162</sup> En todo caso no debe olvidarse que estamos en el entorno de un monopolio, bien público o bien de carácter privado, y que, por ello, las soluciones regulatorias más proclives a la influencia del mercado no implican en modo alguno la liberalización del mercado y su apertura a la libre competencia como es propio de las transacciones de bienes individuales o privados. En tal sentido debemos distinguir este escenario de regulación de sectores monopolísticos, aún en el caso de esquemas regulatorios con influencia de las reglas del mercado, del aquel que se deriva de un mercado abierto a la competencia o liberalizado que cuente con cierta regulación pública para corregir sus fallos o desajustes.

FIGURA 5: ESTRATEGIAS DE REGULACIÓN DEL MONOPOLIO EN INFRAESTRUCTURAS

FUENTE DE FIJACIÓN DE LAS CONDICIONES DE PROVISIÓN (TARIFAS Y SERVICIO)	ESQUEMA DE REGULACIÓN
MERCADO	CONTRATO PRIVADO CONTRATO DE CONCESIÓN REGULACIÓN DISCRECIONAL
GOBIERNO	PROVISIÓN PÚBLICA

Fuente: Gómez-Ibáñez (2003: 33).

## 2. ESQUEMAS DE REGULACIÓN DE LAS INFRAESTRUCTURAS: SOLUCIONES AL MONOPOLIO.

### A. Iniciativa pública.

La publicación de la iniciativa en la provisión de infraestructuras implica la cesión de tal protagonismo directamente al Estado con sus propios medios o a través de entidades de naturaleza pública o empresas total o parcialmente participadas por algún poder público, lo significa que las decisiones sobre la forma y condiciones en que dicha provisión se llevará a cabo queda vinculada a la esfera de influencia de las políticas públicas en el ámbito del fomento de infraestructuras y obras públicas necesarias para la vertebración social y económica de cada país<sup>163</sup>.

<sup>163</sup> Como se ha visto anteriormente en este trabajo el protagonismo de la iniciativa pública en la prestación de bienes y servicios públicos en los Estados Unidos presidió la vida económica desde la década de los treinta hasta finales de los años setenta y principios de los ochenta del siglo veinte. Las consecuencias económicas de la Gran Depresión de 1929 y la pérdida de la tradicional confianza del pueblo en el mercado y el capitalismo obligaron a un significativo cambio en las políticas públicas liberales y la asunción por el Estado de la reactivación de la economía nacional, mediante la puesta en marcha de proyectos locales e iniciativas a nivel federal para la ejecución y financiación de grandes infraestructuras. El *New Deal* del presidente Roosevelt vino así a responder a los supuestos fallos del mercado y del sistema capitalista en general impulsando la iniciativa pública en la provisión de bienes y servicios públicos durante la II Guerra Mundial y los años de la posguerra ante la necesidad



La fórmula de prestación pública directa incluía en esta etapa incluía diversas formas: el *Government Service* o prestación del Estado a través de sus medios propios, funcionarios o empresas, actuando al mismo tiempo como productor y proveedor (Savas, 2000: 67 y De Bettignies y Ross, 2004: 137), el *Government Vending*, en el que el sector público, normalmente a través de empresas públicas, vende o alquila bienes y servicios a los particulares, y los *Intergovernmental Agreements*, en los que una Administración Pública vende o alquila bienes y servicios a otra para la mejor satisfacción de sus necesidades.

En este escenario regulatorio, por tanto, la presencia del mercado resulta prácticamente inexistente, quedando relegada a una mínima participación únicamente si consideramos la contratación de bienes y servicios en el marco de los procesos de externalización bajo la iniciativa y planificación públicas, como esquema integrado en la esfera pública de provisión (Abelson, 2005: 2; Lundsgaard, 2002: 6; Klijn y Teisman, 2000: 85)<sup>164</sup>.

La provisión directa por el Estado en este tipo de bienes se canalizó habitualmente a través de la actuación de la Administración empresarial en una búsqueda de mayor flexibilidad y eficiencia en la consecución de los objetivos públicos gracias a unas entidades específicas dotadas de medios necesarios y una normativa más benigna que aflojaba el corsé del control

---

de reconstrucción y desarrollo del país que continuó en las décadas siguientes (Megginson y Netter, 2003: 28). A este respecto véanse páginas 82 y ss.

<sup>164</sup> Como ya se ha puesto de manifiesto anteriormente en este trabajo el *outsourcing* o *contracting-out*, en tanto participación de sujetos privados en la provisión de bienes y servicios, es considerado por algunos autores como parte del concepto amplio de colaboración público-privada (De Bettignies y Ross, 2004: 138), si bien, las acusadas diferencias conceptuales respecto a la concepción más propia de éstos en cuanto esquemas de regulación contractual con una marcada mezcla entre los conceptos público y privado de provisión invitan a incluir los procesos de externalización como parte de la iniciativa pública de provisión.

público, acercando su actuación a criterios empresariales (Savas, 2000: 67)<sup>165</sup>.

La creación de empresas de titularidad pública para la prestación de estos servicios se generalizó en todos los sectores, si bien la ineficacia en su acción y la falta de rigor en la utilización eficiente de los recursos públicos asignados, que obligaban a continuas inyecciones de capital para afrontar su saneamiento, alejaron la práctica de los objetivos deseables. Dicha ineficiencia se convirtió en uno de los argumentos esgrimidos por los gobiernos de corte liberal para acometer reformas privatizadoras y potenciar la participación privada en los servicios públicos.

#### B. Regulación discrecional.

La regulación discrecional (*discretionary regulation*)<sup>166</sup>, ampliamente utilizada en los Estados Unidos desde 1930<sup>167</sup> y Gran Bretaña a partir de 1980<sup>168</sup>, descansa sobre la creación de agencias gubernamentales

---

<sup>165</sup> La llamada *pure public enterprise*, esto es, la prestación pública utilizando entes o empresas pertenecientes al sector público es considerada una modalidad de la prestación pública pura o *Government Service* (Savas, 2000: 67 y De Bettignies y Ross, 2004: 137).

<sup>166</sup> La práctica habitual en Estados Unidos consistente en designar como agencia reguladora a una comisión de entre tres y siete miembros motiva que por gran parte de la doctrina se haya denominado esta estrategia regulatoria como regulación por comisión (*comisión regulation*). En Reino Unido se sustituyeron igualmente las primigenias autoridades regulatorias de carácter unipersonal utilizadas habitualmente en los esquemas de *price-cap* desde 1980 por comisiones en 1998. El término *discretionary regulation* es, en cualquier caso, el que mejor refleja sus características.

<sup>167</sup> La creación de agencias regulatorias en Estados Unidos para la regulación de las *infrastructure utilities* comenzó ya a finales del siglo XIX, por ejemplo en el sector de los ferrocarriles, si bien no se hizo habitual hasta los años treinta del siglo XX como parte del *New Deal* del presidente Roosevelt. La fórmula de regulación utilizada fue la llamada *cost-of-service regulation* o *rate-of-return regulation*, consistente en la fijación por la agencia reguladora de las condiciones de prestación y los precios o tarifas, permitiendo al menos la recuperación de las inversiones por la compañía operadora. Profundo conocedor de la experiencia regulatoria en Estados Unidos William Baumol (1967: 108-123) trata detalladamente el sistema *cost-of-service regulation* o *rate-of-return regulation* en su obra "Reasonable Rules for Rate Regulation: Plausible Policies for an Imperfect World".

<sup>168</sup> Como alternativa más eficiente al sistema regulatorio estadounidense, el Reino Unido desarrolló su propia fórmula de regulación discrecional denominada *price-cap regulation* a raíz de los procesos de privatización de grandes industrias llevados a cabo por los gobiernos conservadores de Thatcher y Major entre los años 1979 y 1997. Una vez alcanzado el proceso sobre empresas que actuaban en diversos sectores, tanto competitivos (como Jaguar, British

especializadas con competencias para la fijación unilateral de las condiciones económicas y de servicio a las que deberá ajustarse la compañía proveedora de las infraestructuras (Gómez-Ibáñez (2003: 12).

En el marco de un régimen jurídico laxo que define de manera flexible los parámetros de decisión, estas agencias públicas cuentan con un amplio margen de discrecionalidad a la hora de establecer las tarifas y los estándares de calidad que el operador de infraestructuras deberá observar frente a los usuarios así como para adaptar su actuación ante el cambio en las circunstancias. Ello determina una sólida presencia del componente político en la regulación del monopolio sin más influencia del mercado que la derivada de la naturaleza privada de la compañía proveedora, que se regirá por las normas propias de un contexto mercantil privado en lo referente a su devenir empresarial y la obtención de financiación. La existencia, por tanto, de un monopolio de naturaleza privada se erige como principal diferencia respecto de la provisión pública directa, si bien compartiendo con ésta la iniciativa y discrecionalidad de las políticas gubernamentales.

Por esta razón se concibe este esquema regulatorio como idóneo en aquellos casos en que se transforma un monopolio público en privado como consecuencia de un proceso de privatización consistente en la venta de activos públicos (infraestructuras) al sector privado pero sin alterar el grado de competencia del mercado, esto es, sin proceder a su liberalización o apertura

---

Steel o British Airways) como monopolísticos (telecomunicaciones en 1982, aeropuertos y gas en 1986, agua en 1989, electricidad en 1990 y ferrocarriles en 1994) se planteó la mejor regulación posible teniendo en cuenta la experiencia de Estados Unidos. De la mano de los autores como Alan Walters y Stephen Littlechild se ideó el sistema llamado *price-cap regulation* consistente en la fijación por el regulador de los precios o tarifas en periodos fijos, habitualmente cada cinco años, y un límite o "cap" para las subidas anuales. De esta manera se permitía que las compañías operadoras pudieran obtener beneficios durante los periodos intermedios entre las revisiones mediante la reducción de sus costes dado que los precios se deberían mantener fijos hasta la próxima revisión. Esto aumentaba el incentivo de los operadores a ser más eficientes, redundando finalmente en un menor precio para los consumidores (en el sistema *cost-of-service regulation* o *rate-of-return regulation* en cuanto se reducían los costes por el operador, la agencia reguladora podía reducir proporcionalmente el precio, lo cual desincentivaba a dicha reducción de costes ante su falta de efecto sobre el beneficio de la compañía). Un estudio detallado del sistema *price-cap regulation* puede encontrarse en Gómez-Ibáñez (2003: 217-243).

a la libre competencia. Así, se mantienen las condiciones monopolísticas, ahora de titularidad privada, y se adopta una regulación más flexible pero, en todo caso, con un importante contenido político.

Bajo estas premisas básicas podemos adivinar que la mayor ventaja de esta solución regulatoria reside precisamente en su flexibilidad y la consecuente capacidad para adaptarse a las circunstancias cambiantes o imprevistas. A diferencia de lo que ocurre con los contratos de concesión, la regulación discrecional no pretende anticipar todas las posibles eventualidades que pudieran ocurrir en el devenir de la relación y establecer garantías y protecciones a cada una de ellas, sino que asume la libertad de establecer precios y condiciones del servicio según los requerimientos del contexto que en cada momento acompañe a la firma monopolística objeto de regulación<sup>169</sup>.

El estatuto que autorice la actuación de la autoridad regulatoria, ya sea individual o comisión, establecerá, no obstante, ciertas directrices de criterio que deberán guiar su acción y que supondrán una garantía para el sector frente a una excesiva discrecionalidad o inconsistencia de su actuar, si bien, el margen para su interpretación por el propio órgano regulatorio es habitualmente amplio y permitirá una implementación flexible de dichas directrices.

Una de las debilidades de este esquema de regulación proviene de la ausencia casi total de influencia por parte de las fuerzas del mercado en la determinación de las condiciones regulatorias y ello supone un reto técnico de gran calado en tanto que, sin referencias aportadas por el propio mercado, la

---

<sup>169</sup> En este sentido, la regulación discrecional a través de agencias especializadas se consagró como la principal alternativa regulatoria al sistema contractual, en particular el contrato de concesión, a partir de la experiencia en Estados Unidos y Reino Unido, llegando a imponerse en otros muchos países en sectores como las telecomunicaciones, la energía o las líneas aéreas.

autoridad regulatoria debe estimar acertadamente las soluciones más eficientes para el sector (Gómez-Ibáñez, 2003: 31)<sup>170</sup>.

Pero quizás el principal inconveniente de la regulación discrecional es el riesgo de la agencia o autoridad regulatoria sea influenciada por intereses particulares y, consecuentemente, oriente su discrecionalidad en direcciones contrarias a los propios intereses a largo plazo del proveedor de la infraestructura, los usuarios y el interés público.

Como se ha visto, la teoría del interés público propugna que el objetivo de la regulación es siempre la consecución del interés público en aquellas situaciones en que se producen disfunciones del mercado, persiguiendo con su acción regulatoria el beneficio de toda la colectividad y no la de grupos determinados<sup>171</sup>. Es cierto, por otra parte, que la discrecionalidad de acción es necesaria en este tipo de regulación para asumir la compleja tarea de determinación de las tarifas del servicio sin necesidad de establecer a priori costosos contratos que avancen todas las eventualidades, adaptándose a éstas de manera natural. Pero dicho margen de libertad en la actuación hace que la autoridad sea susceptible de la denominada “captura del regulador”<sup>172</sup>,

---

<sup>170</sup> Para más detalle sobre los diferentes sistemas de regulación discrecional y la actuación de las agencias regulatorias, particularmente en Estados Unidos, puede verse a McGraw (1975), Wilson (1980: 357-447), Bernstein (1955), Stigler (1971: 3-21), Peltzman (1976: 211-240).

<sup>171</sup> Véase a este respecto la nota 129 en la página 155 de este trabajo.

<sup>172</sup> Las perspectivas de los fallos del gobierno se centraron en analizar que, al igual que el mercado, el Gobierno en su acción regulatoria podía también sufrir graves insuficiencias y fallos que convertían la regulación en ineficiente. Estas teorías se referían a los problemas de información de los reguladores y a la llamada captura del regulador por los grupos de interés que pretendía regular. A partir de los trabajos de autores como Bernstein (1955) y Kolko (1965) surgieron las teorías sobre el interés privado que acentuaban la visión pragmática de la regulación sobre la evidencia de intereses privados que de forma efectiva consiguen manipular la regulación encaminándola hacia la consecución de objetivos particulares. Destacan así la Teoría de la Elección Pública (*public choice*) (Buchanan y Tullock, 1962) que demuestra la participación de los sujetos particulares en la toma de decisiones públicas de la misma forma que actúan en el mercado y la Teoría de la Regulación Económica acuñada por la denominada Escuela de Chicago (Stigler, 1971; Posner, 1992; Peltzman, 1976), que concibe la regulación económica como respuesta a las demandas de grupos de interés y se resume en la afirmación de que aquella se consigue por la industria y es diseñada y operada primariamente para su beneficio.

esto es, la atracción de la decisión regulatoria a favor de determinados intereses.

La exposición de las autoridades regulatorias a presiones políticas o de otro tipo es frecuente y, pese a la existencia de medidas de protección en los estatutos que regulan su actividad, es poco probable la total eliminación del riesgo de captura por lo que los operadores y usuarios no deben habitualmente confiar en garantías procedentes del propio órgano regulador<sup>173</sup>.

Como señala Cruz Ferrer (2002: 178-179), “desde una perspectiva más amplia y quizás más actual, el riesgo no es sólo de captura por los intereses regulados, sino de manipulación por los intereses políticos respecto de los cuales se espera que los reguladores sean independientes y establezcan medidas que persigan objetivos técnicos y no sucumban a consideraciones o intereses políticos partidistas y coyunturales. En cualquier caso, en el planteamiento tradicional de las teorías de la captura del regulador éstas se centran en la experiencia sobre las dificultades de las Agencias para alcanzar las metas de interés público al comprobarse que en determinados casos los reguladores sucumben a la presión, a la influencia o incluso a la corrupción de los grupos de interés que se supone que están sometidos a regulación”.

Desde finales del siglo XIX y principios del XX hubo numerosas pruebas en Estados Unidos y en países de Latinoamérica acerca de casos de corrupción en los que se vieron envueltas las autoridades regulatorias y ello impulsó las profundas reformas que se acometieron en las décadas siguientes. En una influyente obra acerca las agencias regulatorias federales en Estados Unidos, Bernstein (1955) destacó asimismo la gran influencia que los propios operadores regulados ejercían sobre las decisiones de las

---

<sup>173</sup> Entre las medidas de protección que los órganos reguladores pueden establecer contra la posible captura estaría la garantía de que la autoridad o miembros de la comisión reguladora son nombrados bajo unas condiciones preestablecidas y no podrán ser cesados si no por causas tasadas y determinadas específicamente. Asimismo es frecuente, en el caso de las comisiones, que se requiera la presentación de informes o deliberaciones en sesión pública, así como la justificación escrita de sus decisiones.

agencias reguladoras y evidenció en éstas la existencia de un “ciclo vital” que comenzaba con una férrea defensa de los usuarios y posteriormente iba declinando hacia la protección del status quo reinante para, finalmente, convertirse en servidoras de las compañías reguladas.

La demostración de que, no solamente a través de la corrupción sino mediante instrumentos perfectamente legales<sup>174</sup>, las firmas reguladas tenían grandes incentivos y medios para asegurar la captura del regulador alimentaría las posteriores teorías sobre los “fallos del gobierno” en el desarrollo de la regulación, bien por falta de información suficiente o por la influencia en sus decisiones de los propios grupos regulados, así como las Teorías del Interés Privado que abogaban por una perspectiva más práctica de la regulación sobre la evidencia de intereses privados que de forma efectiva consiguen manipular la regulación inclinando su acción hacia la consecución de objetivos particulares y que analizaremos en el capítulo siguiente (Cruz Ferrer, 2002: 180).

En esta línea, autores como Kolko (1965) afirmaron incluso que las propias agencias reguladoras eran creadas ya bajo la influencia e interés de los propios productores, en lugar de ser capturadas posteriormente por ellos, para esto se apoyaron en la literatura política existente en ese momento que demostraba una alarmante falta de pluralismo en los Estados Unidos a causa del desproporcionado poder político en manos de grupos económicos y empresariales que hacían vencer el interés público bajo el peso de intereses particulares (Wilson, 1980: 357-447; McGraw, 1975: 250-274).

La importancia de estas teorías marcaría el signo de la acción regulatoria en la segunda mitad del siglo XX.

---

<sup>174</sup> Entre estas prácticas legales de captura del regulador se encontraban, por ejemplo, el ofrecimiento por las firmas reguladas de cargos altamente remunerados a los miembros de las agencias reguladoras una vez retirados de dicha responsabilidad, o la contribución económica por dichas firmas a las campañas políticas de los cargos públicos encargados de supervisar a las agencias.

### C. Regulación contractual

Como alternativa más inclinada hacía la iniciativa del mercado aparece la regulación contractual cuya esencia es la sustitución de la acción unilateral del Gobierno en la fijación de las condiciones de provisión de las infraestructuras por una relación contractual en términos específicos que reduzca las posibilidades de discrecionalidad y refuerce las expectativas de operadores y usuarios. En efecto, mediante el acuerdo entre el operador de la infraestructura y los usuarios, o bien el Gobierno en nombre de éstos, se establecen los parámetros de provisión con plena voluntariedad y consideración de los intereses de unos y otros. Esta estrategia regulatoria se manifiesta a través de dos tipos contractuales: el contrato de concesión (*concession contract*) y el contrato privado (*private contract*).

#### a) El contrato privado.

Mediante el contrato privado los usuarios acuerdan directa y voluntariamente las condiciones tarifarias y de servicio con el proveedor de la infraestructura. En esta modalidad regulatoria el mercado cobra el máximo protagonismo, si bien el Gobierno mantiene su presencia a través de la regulación pública que, con carácter general, se aplica a los acuerdos comerciales en el ámbito mercantil, principalmente el ordenamiento jurídico y la acción jurisdiccional de los tribunales de justicia (Gómez-Ibáñez, 2003: 28).

La relación directa entre el proveedor y los usuarios individuales para el establecimiento de las condiciones económicas y de servicio que caracteriza esta modalidad regulatoria determina decisivamente su eficacia como solución a un escenario monopolístico y como alternativa preferible en ciertas circunstancias a las regulaciones de corte más público. Esto se manifiesta según Gómez-Ibáñez y Meyer (2003: 189) en la posibilidad de adaptar los servicios objeto de prestación a las necesidades particulares del proveedor y cada uno de los usuarios mediante la negociación de los contratos individualmente.



En los casos en que el Gobierno toma la responsabilidad de la regulación se establece un limitado ámbito de prestaciones y servicios a ofrecer a los usuarios y de acuerdo a unos precios o tarifas prefijadas. Este encorsetamiento de las condiciones de provisión aumenta las garantías para el Gobierno sobre la igualdad en las condiciones de oferta a los usuarios y facilita enormemente el control sobre el servicio pero, por el contrario, limita las posibilidades de adaptar las prestaciones a las necesidades del sector en beneficio de proveedor y usuarios. La negociación de contratos privados permite precisamente alcanzar estas soluciones individualizadas y más eficientes<sup>175</sup>.

La flexibilización en el proceso de determinación de los parámetros de precio y servicio así como la cercanía a las condiciones de mercado existentes en cualquier transacción voluntaria, se erige así en el mejor aval de este esquema regulatorio y lo convierte en plenamente aplicable como solución eficiente en un escenario monopolístico (Gómez-Ibáñez y Meyer, 2003: 189-190)<sup>176</sup>. En cualquier caso, debe señalarse que el acercamiento a los planteamientos propios del mercado en la fijación del contenido de la relación de provisión mediante el acuerdo directo con los usuarios finales no implica en modo alguno la introducción de competencia o la eliminación de las barreras implícitas en el monopolio natural.

---

<sup>175</sup> Un ejemplo significativo son los acuerdos de acceso a las infraestructuras de transporte de gas y electricidad: el denominado "derecho de acceso regulado de terceros a las redes" se formaliza mediante acuerdos en el marco de unas garantías reguladas.

<sup>176</sup> Estas circunstancias motivaron, por ejemplo, el proceso de desregulación del transporte ferroviario de mercancías en los Estados Unidos a partir de 1980, pasando de la regulación discrecional del Gobierno a la implantación de contratos privados. Como señalan Gómez-Ibáñez y Meyer (2003: 189-190), el cambio de estrategia regulatoria se impuso como necesidad ante el declive del sector, incapaz de competir con otras soluciones pujantes como el transporte de mercancías por carretera. La necesaria flexibilización de las tarifas y las condiciones del servicio, facilitadas por la anticipación de las necesidades de los usuarios que permite el contrato privado, impusieron esta modalidad contractual frente la rigidez de la actuación gubernamental. Ello contrasta con otros ejemplos como el de Argentina, en el que el sector ferroviario de mercancías se regula a través de contratos de concesión. Un completo estudio sobre la regulación del sector de transporte ferroviario de mercancías en los Estados Unidos puede encontrarse en Kolko (1965); MacDonald (1989: 63-95) y Spann y Edwards (1970: 277-344).

En este sentido se demuestra la existencia de un escenario monopolístico de provisión de una infraestructura, habitualmente de carácter privado, que impide la acción de las reglas de libre competencia, si bien la presencia del mercado se impone en el esquema contractual de delimitación de las condiciones relacionales de forma directa entre el proveedor y los usuarios en condiciones similares a las que existirían en un contexto de contratación voluntaria en régimen de competencia<sup>177</sup>.

b) El contrato de concesión.

Esta figura, profusamente utilizada por numerosos países a lo largo de los siglos XIX y principios del XX para la construcción de infraestructuras como carreteras, líneas de ferrocarril, túneles, puentes o conducciones hidráulicas representa a la perfección el equilibrio entre las tendencias regulatorias de corte público y las que amparan la presencia del mercado<sup>178</sup>. Tras su práctico abandono en la mayoría de los países a partir de los procesos de nacionalización de la industria en la primera mitad de siglo XX el interés por la concesión revivió en el último tercio de dicho siglo gracias en parte al planteamiento desarrollado en 1968 por Harold Demsetz en su influyente artículo *"Why Regulate Utilities"* sobre las concesiones como forma de competencia que más adelante analizaremos.

Demostró el autor una modalidad de competencia *ex ante* propia de las licitaciones públicas que introduce la competición "por el mercado" en lugar de "en el mercado" contribuyendo a la reducción de costes, incremento de la calidad y la innovación por los licitantes en los casos de monopolio natural en

---

<sup>177</sup> Un ejemplo del surgimiento espontáneo de una regulación mediante contrato privado para sustituir la previa regulación gubernamental de carácter discrecional es el del sector aéreo en los Estados Unidos. En las condiciones monopolísticas del sector, con fuertes barreras de entrada para nuevos competidores, y la ineficiencia respecto de la prestación del servicio en determinadas áreas, la desregulación del sector llevada a cabo a finales de los años 70 y principios de los 80 del siglo XX y la aparición de contratos privados que permitieran la adaptación de las condiciones tarifarias y de servicio a cada necesidad particular, se demostró más eficiente. Para más detalle en relación con la regulación del sector aéreo en Estados Unidos véase Jordan (1970), Keeler (1972: 399-424) y Caves (1962).

<sup>178</sup> Una aproximación a la evolución histórica de esta figura puede verse el capítulo segundo de este trabajo.

los que no cabe el mercado competitivo. De esta manera unos bienes que por su naturaleza debían ser necesariamente provistos por el Estado sin posibilidad de integrarse en un mercado libre en competencia, encuentran la vía para beneficiarse de las ventajas que el sector privado incorpora a la gestión pública (De Bettignes y Ross, 2004: 139).

La concesión<sup>179</sup> se configura como un contrato mediante el cual el Gobierno otorga a un operador privado la provisión de una infraestructura durante un periodo de tiempo determinado estableciendo en el mismo las especificaciones del servicio que aquel debe prestar a los usuarios así como las tarifas máximas que podrán imponerse (Savas, 2000: 79), otorgándose de forma competitiva mediante una licitación pública al licitador con la oferta más ventajosa en términos de tarifa por servicio prestado y, una vez establecida la relación concesional, el Estado podrá supervisar su actuación en orden al adecuado funcionamiento del servicio público y la garantía de los usuarios, sin que las condiciones contractuales puedan modificarse unilateralmente por ninguna de las partes.

Los acuerdos de concesión establecen, por tanto, un marco regulatorio completo y como tal deben ser considerados dentro de la regulación económica general. Enmarcado en las condiciones de monopolio, concede un derecho en exclusiva para su explotación por el concesionario privado, exigiendo asimismo ciertas obligaciones relacionadas con el servicio público.

El protagonismo del Gobierno en la determinación del marco general de provisión de la infraestructura representando a los usuarios finales del servicio en la decisión sobre la combinación más adecuada para el interés de los usuarios entre el servicio y las tarifas, así como el mantenimiento de la titularidad y control sobre las infraestructuras y el servicio que en ellas se presta, concede a este tipo de regulación un sólido componente político (Gómez-Ibáñez, 2003: 29).

---

<sup>179</sup> En su denominación anglosajona: *concession* o *franchise*.

Al mismo tiempo, sin embargo, la influencia del mercado libre adquiere una relevancia decisiva en la configuración de este esquema en tanto que, por un lado, la licitación competitiva asegura a los usuarios que las condiciones de prestación no se alejarán de los parámetros existentes en el mercado abierto a competencia y, por otro, la voluntariedad de la relación contractual y la inalterabilidad de sus condiciones en ausencia de consentimiento garantizan al concesionario la exclusión de cualquier atisbo de arbitrariedad administrativa (Gómez-Ibáñez, 2003: 30). Ello permite a la concesión situarse en un plano intermedio entre los esquemas regulatorios eminentemente públicos y las soluciones basadas en el mercado competitivo.

En equilibrio con la vertiente pública de la regulación concesional aparece la influencia del mercado como mecanismo catalizador de la eficiencia propia de la acción en competencia. En este contexto cobra especial relevancia el mecanismo de selección del concesionario en tanto que la licitación competitiva del contrato le confiere a este esquema un contenido regulatorio particular. A través de la introducción de la competencia en la selección inicial del concesionario y la periódica re-licitación del contrato a lo largo el tiempo se consigue obtener de este esquema regulatorio del monopolio los máximos réditos en términos de eficiencia sin necesidad de intervención discrecional de la autoridad pública en la regulación de las condiciones.

El saludable efecto de la competencia para la licitación del contrato permite el acercamiento de las condiciones económicas del contrato a las existentes en el mercado y, por ello, sin que se concedan rendimientos excesivamente superiores a los costes del concesionario adjudicatario. Estas condiciones de leal y transparente competición que derivarán en la oferta económicamente más ventajosa para el Gobierno crearán un escenario favorable en la opinión pública e impulsarán una decidida defensa de este tipo de regulación.

La principal debilidad del contrato de concesión es el *carácter incompleto de la relación*. La praxis de las relaciones comerciales a largo plazo resulta altamente compleja e impredecible, de manera que no solamente se antoja difícil la previsión de todas las posibles contingencias que pudieran afectar a las partes durante la vigencia de las mismas sino que, aún pudiendo preverlas, su adecuada cobertura contractual aparece casi imposible en los parámetros habituales de actuación debido a los altos costes de negociación e implementación de los contratos (costes de transacción) (Williamson, 1979: 233-261; North y Thomas, 1973; Coase, 1937).

Ello es así porque, a diferencia de los contratos privados en los que el proveedor de la infraestructura establece individualmente con los usuarios las condiciones de prestación, en el contratos de concesión deben preverse las circunstancias y necesidades aplicables a todos y cada uno de los posibles usuarios del servicio público, lo que multiplica exponencialmente el carácter incompleto de la relación concesional. Estas circunstancias de imprevisibilidad son las que definen a este tipo de contratos como *incompletos* (Williamson, 1979: 233-261; Goldberg, 1976) en tanto que un acuerdo escrito es ineficiente para eliminar o reducir las ineficiencias que devienen en la relación comercial, al no poder prever y dar cobertura a las eventuales contingencias a largo plazo<sup>180</sup>.

Existen ciertas garantías para evitar las ineficiencias propias de las relaciones contractuales incompletas, estableciendo la cobertura de órganos jurisdiccionales o regulatorios para decidir sobre los conflictos en caso de que la regulación contractual falle o sea poco previsor. Como señalan Guislain y Kerf (1995), en todas las variantes del contrato concesional existentes en el mundo se adivina un componente de estricto contenido regulatorio. Bajo el sistema francés, por ejemplo, la actuación del concesionario de acuerdo a las condiciones del contrato es regulada en parte por la autoridad pública que licita el contrato y, en menor medida, por un órgano de supervisión de aquella.

---

<sup>180</sup> La idoneidad económica de los esquemas concesionales de acuerdo con la teoría de los contratos incompletos y los costes de transacción será abordada en el apartado III.

Éstas a su vez son controladas por los mecanismos parlamentarios y los tribunales de justicia. En otros casos como el de Argentina los contratos concesionales son regulados por agencias u organismos regulatorios independientes<sup>181</sup>.

Pues bien, sobre los fundamentos del contrato de concesión se ha erigido toda la arquitectura conceptual de la colaboración público-privada, así como los parámetros de implementación de los distintos proyectos. En efecto, la concesión ha sido el instrumento regulatorio común, el sustrato jurídico-económico compartido, en la mayoría de las formas de colaboración existentes a lo largo de la historia hasta nuestros días, si bien su manifestación ha ido evolucionando desde las formas concesionales más incipientes hasta los complejos esquemas colaborativos que hoy nos acompañan.

El modelo concesional aparece en estos casos como vehículo jurídico común a través del cual se articulan los proyectos de carácter colaborativo y que otorga el título de delegación necesario para habilitar legalmente la participación de entidades privadas en la provisión de todo o parte de un bien o servicio público. En torno a esta figura se fue concibiendo la participación de la iniciativa privada en el desarrollo de infraestructuras públicas y servicios, la colaboración de lo privado y lo público para la consecución de fines de interés general.

Veamos a continuación las consideraciones que han sido esgrimidas por la doctrina en orden a la elección de la estrategia más proclive a la participación privada y la introducción de la competencia para afrontar la provisión de infraestructuras en condiciones de monopolio y, en particular, la adopción de la concesión como esquema regulatorio representativo de la colaboración público-privada.

---

<sup>181</sup> Un ejemplo de ello lo encontramos en la Comisión Nacional de Regulación del Transporte (CNRT) en Argentina, creada en 1996 para consolidar las competencias reguladoras sobre todas las concesiones de líneas ferroviarias tanto de mercancías como de pasajeros (Gómez-Ibáñez, 2003: 93).



## CAPÍTULO QUINTO.- LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA COMO ESTRATEGIA DE REGULACIÓN.

### I. LA ELECCIÓN DE LA REGULACIÓN CONTRACTUAL COMO MEDIO DE INTRODUCCIÓN DE LA INICIATIVA PRIVADA Y LA COMPETENCIA.

#### 1. EL INTERÉS PÚBLICO, EL INTERÉS PRIVADO Y LOS FALLOS DEL GOBIERNO.

Ciertamente, el interés público como objetivo último al que debe dirigirse la acción regulatoria del Gobierno ha estado presente en la concepción más tradicional de la regulación (Cruz Ferrer, 2002: 174). La Teoría del Interés Público surgió precisamente defendiendo que el móvil principal de la regulación es siempre la consecución del interés general cuando en la actuación del mercado se adivinan distorsiones de cualquier índole, persiguiendo con su acción el beneficio de toda la colectividad y no la de grupos determinados y fue defendida fervientemente por James Landis, uno de los principales creadores y teólogos de las agencias federales de regulación en los Estados Unidos entre 1930 y 1940, cuya biografía puede consultarse en McCraw (1984: 153-209).

Como variante de esta teoría, propia del Derecho público europeo, surge la Teoría de los Grupos de Interés (Fox, 1993: 13; Schwartz, 1991:34, 193, Lawson, 1998: 24; McCraw, 1984: 153-209). Acuñada en el Derecho anglosajón propugna que el interés público al que se dirige la regulación no es un concepto predeterminado sino el equilibrio necesario entre los diferentes intereses que se ven afectados por la misma y cuya toma en consideración de forma ponderada y razonable se erige en función esencial del proceso regulatorio.

La imposición, sin embargo, de actuaciones contrarias o ajenas a la voluntad de los individuos a través de la potestad coercitiva del poder público o las agencias reguladoras, deja al descubierto la problemática de los fines a



los que dichas acciones van dirigidas y que, debiendo ser leales al interés público y la equidad como valores incluso opuestos a la eficiencia del mercado, en no pocas ocasiones se vencen a favor de intereses particulares en lo que ha venido a denominarse “la captura del regulador”, ya analizada anteriormente en este trabajo (Cruz Ferrer, 2002: 178-179).

Así, en contraste con los planteamientos anteriores surgieron las teorías sobre los “fallos del Gobierno” en el desarrollo de la regulación, bien por falta de información suficiente o por la influencia en sus decisiones de los propios grupos regulados, así como las Teorías del Interés Privado que abogaban por una perspectiva más práctica de la regulación sobre la evidencia de intereses privados que de forma efectiva consiguen manipular la regulación inclinando su acción hacia la consecución de objetivos particulares (Cruz Ferrer, 2002: 180). Su aportación teórica se fundamentaba en la afirmación de que en condiciones de monopolio, además de los fallos del mercado, podían también existir graves disfunciones en la intervención pública regulatoria implantada con la finalidad de evitar aquellos y que podrían poner en riesgo la eficiencia del sector.

En esta línea surgieron principalmente la Teoría de la Elección Pública (*Public Choice*), que demuestra la participación de los sujetos particulares en la toma de decisiones públicas de la misma forma que actúan en el mercado (Buchanan y Tullock, 1962), y la Teoría de la Regulación Económica defendida en 1971 por Stigler (1971, 1989) y los autores pertenecientes a la llamada Escuela de Chicago, un grupo de profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago, que concibe la regulación económica como respuesta a las demandas de grupos de interés y se resume en la tesis de que aquella se consigue por la industria y es diseñada y operada primariamente para su beneficio.

En su decisiva obra, Stigler (1971) planteó que cualquier sector o industria con suficiente influencia política buscaría establecer regulaciones que limitaran la competencia mediante el control de precios en su beneficio,

transformando a aquellas en meras transferencias de recursos económicos a favor de determinados grupos de interés a cambio de su contribución al poder político en forma de votos o contribuciones económicas a sus campañas. Desde esta perspectiva, el interés público como objetivo se convierte en una simple tapadera que esconde los verdaderos propósitos de la regulación.

Otros autores de la Escuela de Chicago abordaron variaciones diversas sobre esta teoría que situaban el centro del debate en la competición entre diferentes grupos de interés por la captura de reguladores o políticos que finalmente se inclinarían hacia la oferta más ventajosa en términos de apoyo electoral o económico (Posner, 1971: 22-50) o la importancia de los intereses de los usuarios finales en la acción de captura por encima de los propios operadores (Peltzman, 1976: 211-240).

Las críticas científicas vertidas por estas teorías sobre la concepción tradicional del interés público que impulsaba las estrategias de regulación con más intenso intervencionismo estatal –la nacionalización de la explotación, la monopolización del comercio, la planificación centralizada o la fijación administrativa de las tarifas- han demostrado la imposibilidad de sostenerlas desde un plano empírico resultando, por lo tanto, únicamente defendibles por motivos ideológicos (Cruz Ferrer: 2002).

## 2. CRÍTICAS A LA TEORÍA DE LA COMPETENCIA IMPERFECTA.

Asimismo, desde la perspectiva económica neoclásica se consideraba la "tesis de la competencia imperfecta" como justificación de la intervención pública sobre la base de la existencia de un teórico equilibrio competitivo perfecto en los mercados. Teniendo en cuenta que la realidad de los mercados parece siempre imperfecta desde el punto de vista del ideal de competencia perfecta, dicha teoría acentuaba la constatación de numerosos fallos en el funcionamiento de los mismos y, consecuentemente, justificaba una posibilidad ilimitada de intervenciones del Gobierno para corregirlos.

A esta línea doctrinal se opone la llamada Escuela Austriaca cuya principal tesis se asentaba en la consideración de la competencia, no como una situación estática, sino como un proceso continuo de evolución en el tiempo que negaba, por tanto, los planteamientos neoclásicos sobre la competencia perfecta (Kirzner, 1997).

Desde la percepción de los mercados como un escenario natural de interacción humana con lógicas imperfecciones causadas por múltiples razones, la competencia se erige en fuente de innovación y proceso de descubrimiento de ideas y prácticas que permitirá al propio mercado solucionar espontáneamente mediante el esfuerzo institucional las distorsiones que le acechan sin necesidad de una intervención pública aún más desestabilizadora (Bustamante, 1993: 81). Todo ello impulsó la consideración de los fallos del gobierno como un obstáculo para que su intervención regulatoria intensiva resultara una solución eficaz contra los fallos del mercado y, por tanto, abogó por la presencia de mayor competencia como mecanismo de autorregulación del mercado<sup>182</sup>.

Siguiendo estas teorías y, contrariamente a los fundamentos de la regulación económica más intervencionista, la tendencia hacia esquemas de regulación con más presencia del mercado buscan evitar la dependencia de los agentes económicos respecto de decisiones públicas que resulten ajenas a la voluntariedad que debe presidir las relaciones transaccionales.

Así, en la búsqueda de la eficiencia por encima de otras consideraciones, aún sin que ello signifique abandonar por completo el respeto a la equidad y el interés común, las estrategias regulatorias más proclives a la acción del mercado se han impuesto en aquellos países y momentos históricos en que la primacía de la libertad individual alcanzaba la

---

<sup>182</sup>Ello inspiró en gran medida las corrientes privatizadoras que presidieron la vida económica en países como Estados Unidos durante la década de los ochenta del siglo veinte, asumiendo que una mínima presencia del Estado en las decisiones económicas conduciría al aumento de la inversión privada y por tanto de la eficiencia y productividad de la economía y a su crecimiento en general.

consideración de valor fundamental. Esta idea preside la teoría de la privatización en su sentido más amplio, profundamente arraigada en el mundo anglosajón y cada vez más extendida por el mundo, y de la que nos ocuparemos a continuación.

## II. EL PROCESO DE INTRODUCCIÓN DE LA INICIATIVA PRIVADA EN LA REGULACIÓN DE LAS INFRAESTRUCTURAS: LA TEORÍA DE LA PRIVATIZACIÓN.

### 1. LAS BASES INTELECTUALES DE LA PRIVATIZACIÓN.

En el contexto general de producción de bienes y servicios y el papel que los distintos agentes económicos deben representar en dicho proceso, la privatización se concibe genéricamente como la manifestación de una mayor confianza en las instituciones privadas que en el Gobierno para la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos y ello mediante la reducción del rol del sector público y el incremento del de otras instituciones privadas en la producción de bienes y servicios y la ostentación de su propiedad (Savas, 1987: 3). Igualmente la idea de privatización se refiere al proceso de reducción de la actividad pública en la producción y distribución de bienes y servicios mediante el traspaso de dicha función a la iniciativa privada (Villar Rojas, 1993).

La participación de sujetos privados en la provisión de bienes y servicios que anteriormente se venían prestando directamente por el Estado se ha materializado a través de diversas técnicas y en distinto grado, arraigándose paulatinamente en las sociedades modernas como un instrumento eficaz en la praxis de la acción pública tendente a la mejora y racionalización del sector público.

La fundación intelectual de la privatización fue establecida por Milton Friedman en su obra "*Capitalism and Freedom*" (1962) en el que analizaba el papel del capitalismo económico en el marco de las sociedades liberales, si bien, el concepto de privatización fue sugerido por primera vez en 1969 por el

profesor estadounidense de origen austriaco Peter Drucker<sup>183</sup>. El interés por la privatización se consolidó definitivamente a partir de 1970 gracias a las investigaciones de Savas (1974, 1977), Poole (1976), Spann (1977), Rothbard (1978) y Fisk, Kiesling y Mueller (1978), entre otros, y, muy particularmente, a la publicación periódica iniciada por Poole en 1976 que continúa en nuestros días con el nombre de *Privatization Watch*<sup>184</sup>.

El incuestionable avance de este proceso en los últimos años no ha estado, sin embargo, exento de controversia dados los fuertes posicionamientos doctrinales contrarios a la concepción misma de la privatización como política pública compatible con el mantenimiento de la responsabilidad del Estado sobre los servicios esenciales en el marco del interés público. Los iniciales ataques a los planteamientos privatizadores desde 1977 por parte de las organizaciones sindicales se fundamentaban en su consideración como conductas contrarias, por un lado, a la propia idea del sector público y su función esencial respecto de la provisión de bienes y servicios públicos y, por otro, a los propios ciudadanos en tanto aparecen desprovistas del componente asistencial y humano que se supone esencial en las políticas públicas.

Esta arquitectura argumental ha ido contrarrestándose, sin embargo, con las ricas aportaciones doctrinales surgidas inicialmente en Estados Unidos y que han sustentado el desarrollo de las corrientes privatizadoras en todo el mundo a partir de una sólida articulación conceptual y su reflejo en los resultados empíricos de tales políticas (Savas, 1987; Henig, 1989).

Desde los antecesores de la actual concepción de privatización como Friedman (1962) o Drucker (1967) hasta los autores más proclives a las

---

<sup>183</sup> El término originalmente utilizado por Drucker fue *reprivatize*, y correspondió a Poole (1976) la adaptación del término a *privatization*, y su uso en su obra *Cut Local Taxes without Reducing Essential Services*, publicado en 1976 en Santa Bárbara por Reason Presss. La primera aparición de una definición del término en un diccionario fue en 1983, en el *New Collegiate Dictionary* (Springfield: MA). Véase Savas (2000: 329, nota 18).

<sup>184</sup> Originalmente la publicación se difundía mensualmente con el nombre de *Fiscal Watchdog*.

tendencias privatizadoras en el diseño de las políticas públicas como Savas (1977, 2000) se han puesto en tela de juicio las críticas contra la idea de privatización al considerar como profundamente equivocadas las bases conceptuales de las que aquellas parten. En este sentido se señala que la finalidad última de la privatización no es otra que la mejora de la acción pública y, consecuentemente, la de la vida de los ciudadanos que de ella dependen a través del incremento de su eficacia y el ahorro en su coste que redundará en la disminución de las aportaciones vía impuestos por los contribuyentes.

Se acentúa el enfoque del problema, no sobre la contraposición entre lo público y lo privado sino entre el monopolio y la competencia, en cuanto que la idea de privatización no obsta para el mantenimiento de la titularidad y la responsabilidad públicas sobre los servicios sino, muy al contrario, desde el respeto al interés público se introduce la práctica competitiva como medio para la elevación de las cotas de eficacia y la reducción de los costes.

Por otro lado, el recurso a la falta de principios de gestión compatibles con el interés público propia de las firmas privadas, en las que preside la búsqueda únicamente del beneficio empresarial, así como a las prácticas desleales y proclives a la corrupción que aparecen en los entornos competitivos como justificaciones últimas de la inconveniente confianza en el sector privado para la prestación de bienes y servicios públicos ha devenido igualmente inconsistente a la luz de la profusamente demostrada actuación ineficaz e ineficiente de organismos, empresas y agencias públicas en el ejercicio de las funciones prestacionales.

Partiendo de la evidencia de malas prácticas y disfunciones tanto en la acción de firmas privadas como del propio sector público, se argumenta que en el entorno competitivo ello conduce a correcciones automáticas del mercado mediante la expulsión de los agentes ineficientes, mientras que en el caso de agentes públicos su inviabilidad es compensada a través de

aportaciones de capital público proveniente de los impuestos generales y, por tanto, soportada por todos los contribuyentes.

Asimismo se destaca la concepción de la iniciativa privada como comprensiva de cualesquiera instituciones no públicas o gubernamentales, sin necesidad, por tanto de identificarse únicamente, ni en todos los casos, con firmas comerciales privadas con finalidad lucrativa. Ello abre la puerta, como se verá más adelante, a la aparición de otro tipo de objetivos distintos de los puramente comerciales representados en organizaciones no gubernamentales, asociaciones ciudadanas o cualquier otra manifestación de los diferentes intereses de la sociedad civil colaborando en la gestión de lo público.

Finalmente, las reticencias sobre la implementación de procesos privatizadores han alcanzado una dimensión puramente ideológica asociada con las tesis de la socialdemocracia y vertidas, a nuestro juicio irresponsablemente, sobre el terreno de la confrontación política a través de simplificaciones conceptuales inadmisibles desde un punto de vista científico que han alejado el debate de su verdadero campo de acción como es la adecuada configuración del papel del Estado en el desarrollo de políticas públicas prestacionales.

Por todo lo anterior, en la exploración del concepto de privatización debe huirse precisamente de planteamientos tendentes a la contraposición entre lo público y lo privado, entre interés público y privatización. Dada la indefinición y amplitud de estos conceptos se adivinan amplias posibilidades de combinación entre titularidad y provisión de bienes y servicios que, bajo la premisa de una total garantía del interés público, busquen la mayor eficacia en la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos. La consecución de este objetivo último mediante la introducción de parámetros de competencia constituye el sustento conceptual sobre el que se articula la idea de privatización y debe inspirar cualquier aproximación a sus fundamentos teóricos.

## 2. EL CONCEPTO DE PRIVATIZACIÓN Y SUS INFLUENCIAS.

Seguendo a Savas (2000: 104) la privatización puede definirse básicamente como el cambio de un modelo de prestación pública hacia uno de prestación privada, y ello entendido como un concepto dinámico que engloba todo el proceso de mutación entre dos situaciones estáticas. En este sentido, la caracterización nuclear de la privatización reside en la introducción, de una forma u otra y en mayor o menor grado, de la iniciativa de instituciones privadas en la responsabilidad de la prestación de determinados bienes o servicios.

Ello significa un vasto abanico de posibles alternativas de prestación incluyendo la participación privada en sus diversas formas y alcance que desafía definitivamente la concepción bipolar de la acción prestacional entre la publicación de las iniciativas y su total provisión en régimen de mercado competitivo. En tal sentido, el énfasis sobre su naturaleza dinámica adquiere capital importancia para la adecuada comprensión de la privatización, en tanto su consideración como proceso nos revela un escenario complejo en el que conviven infinidad de posibles combinaciones entre las iniciativas pública y privada a través de una riquísima constelación de esquemas de prestación presididos por la interrelación entre instituciones, intereses y capacidades.

Un adecuado acercamiento a la idea de privatización debe, asimismo, tener en cuenta los diferentes enfoques conceptuales que le dotan de su verdadero sentido. Partiendo de tal premisa se adivinan dos vertientes principales en la delimitación de su significado y alcance: la económica y la filosófica o ideológica. Veamos en qué consisten:

### A. Perspectiva económica.

Desde un punto de vista económico la privatización tiene como finalidad, por un lado, la búsqueda de un sector público más eficiente en la gestión de sus recursos y, por otro, disminuir la dependencia de los ciudadanos respecto



de las soluciones prestacionales públicas. Razones de índole tanto fiscal como de eficiencia son, por tanto, causas principales que han llevado a los gobiernos a considerar esta transformación en los esquemas tradicionales de prestación y ello mediante la privatización de infraestructuras y servicios públicos en orden a la reducción de costes y la modernización de la gestión (Beato y Vives, 1996).

La confluencia de una creciente demanda social y de infraestructuras, en combinación con limitaciones presupuestarias y resistencia pública al aumento impositivo, hacen esencial que las autoridades públicas consideren dirigirse hacia la capacidad de innovación y el acceso a capital operativo propios del sector privado (Nacional Council of Public-Private Partnerships, 2003). Aunque no exenta de controversia, se asienta la creencia de una superioridad en la organización de la actividad productiva en los sistemas privados de prestación respecto de la prestación directa del Estado en términos de reducción de costes por los mayores incentivos para la innovación existente en aquellos (Daniels y Trebilcock, 1996).

La presencia del sector privado contribuye así a la mejora de la eficacia y eficiencia de los procesos públicos de gestión a través de la introducción de técnicas avanzadas propias de la práctica empresarial, innovación en el diseño de los proyectos, recursos tecnológicos y, en general, la experiencia en el entorno competitivo. Mediante la acumulación de las distintas fases de un proyecto en manos de un mismo sujeto privado se consigue explotar las sinergias entre ellas incorporando diseños más innovadores y a un coste más efectivo.

En este sentido existen en la doctrina numerosas pruebas que avalan la mayor eficiencia del sector privado en la provisión de bienes y servicios y que concluyen que la contratación privada de los mismos deriva en ahorros de hasta el 20 % respecto de la tradicional provisión pública. Por ejemplo, Borcharding, Burnaby, Pommerenhe y Schneider (1982) reflejan la “inequívoca mayor eficiencia” del sector privado en el ámbito de la Organización para la

Cooperación y el Desarrollo (OCDE)<sup>185</sup>, y Domberger y Hall (1996) lo acreditan en la práctica de Australia. En el mismo sentido se pronuncian autores como Khursheed y Borcharding (1996); Lundsgaard (2002) y Bailey (2002).

En estos parámetros se asienta la decisión del sector público de contratar con firmas privadas para la prestación de bienes y servicios, así como abrir a la competencia su participación en la dotación de infraestructuras y servicios públicos bajo esquemas colaboración a largo plazo y, de forma cada vez más aceptada, la introducción de la llamada *"managed competition"* (Savas, 2000: 6) por la cual se establece una competencia entre agentes públicos y privados para la dotación de bienes y servicios a través de la participación en igualdad de condiciones que sus competidores de agencias o empresas públicas en las licitaciones. La privatización se concibe así como una estrategia fundamental encaminada al incremento de la productividad del sector público invocando para ello el poder de acción de los derechos de propiedad privada, las fuerzas del mercado y la competencia para ofrecer a los ciudadanos un mayor retorno por su dinero (Savas, 2000: 6)<sup>186</sup>.

Por otro lado se alude por la doctrina como justificación de los procesos privatizadores a la progresiva disminución de la dependencia de los ciudadanos respecto de la oferta pública prestacional. El crecimiento económico de los países conlleva un aumento en la riqueza de la sociedad y, consecuentemente, del bienestar de sus ciudadanos y su nivel de renta que afecta decisivamente a sus decisiones en relación con la adquisición de bienes y servicios. Los consumidores tienen a su alcance la posibilidad de adquirir bienes y servicios de mayor calidad que los provistos por el Estado gracias a su mayor nivel de renta y dicha demanda habilita a los proveedores privados a prestar estos bienes y servicios a través del mercado (Savas, 2000: 7).

---

<sup>185</sup> Organization of Economic Co-operation and Development (OECD).

<sup>186</sup> Dentro de la perspectiva económica, Savas (2000: 6) alude a estas razones de eficiencia como "razones o fuerzas pragmáticas" que impulsan la privatización.

Así, la competencia va desplazando el ámbito de influencia del Estado del Bienestar cuya finalidad primordial es la cobertura de todas las necesidades de los ciudadanos a través de la prestación de los bienes y servicios imprescindibles para el desarrollo de la sociedad. Como señala Glazer (1988: 126) "la riqueza conduce a muchos al convencimiento de que pueden proveer la educación de sus hijos o su asistencia sanitaria de forma más eficiente, con mayor satisfacción y, probablemente con un mejor retorno por sus aportaciones, destinando su propia renta a tal fin de entre un amplio rango de entidades competidoras, públicas o privadas, en lugar de pagando impuestos". Razones de filosofía económica determinan, por tanto, una menor dependencia de los ciudadanos respecto de la acción prestacional del Estado y una creciente aceptación de la competencia y, en último término, de la privatización como solución para la cobertura de sus necesidades en bienes y servicios.

## **B. Perspectiva filosófica e ideológica.**

En segundo lugar debemos acercarnos a las razones filosóficas o ideológicas que han inspirado el movimiento privatizador. El papel que desempeña el sector público en la producción y provisión de bienes y servicios varía enormemente en las distintas sociedades y, en cada una de ellas, oscila continuamente a lo largo del tiempo en función de las diferentes tendencias políticas o ideológicas que se vayan imponiendo.

Con carácter general puede decirse que la prestación de bienes y servicios necesarios para la satisfacción de las demandas sociales se distribuye entre los sectores público y privado asumiendo cada uno la responsabilidad sobre la producción o provisión de una parte determinada de aquellos<sup>187</sup>. Tal distribución responde a criterios económicos, relacionados con la naturaleza pública o privada de los propios bienes, pero también

---

<sup>187</sup> Esta afirmación un tanto simplista es útil a los efectos didácticos que se exponen si bien, como se ha señalado con anterioridad, existe un espacio intermedio en el que la provisión de determinados bienes y servicios se afronta de manera compartida entre ambos sectores en toda suerte de modelos de colaboración público-privada.

ideológicos pues responden a la concepción que en cada momento y lugar adquiera el Estado y el rol que debe desempeñar en el ámbito económico.

La doctrina privatizadora considera que un excesivo crecimiento del sector público y el consiguiente protagonismo en la sociedad puede representar una amenaza para la libertad individual y, en última instancia, un riesgo para la democracia como sistema político de convivencia<sup>188</sup>. El crecimiento del Estado, manifestado en un mayor número de organismos, gasto público y empleados a su servicio, y evidenciado en la experiencia de los distintos países a lo largo de las últimas décadas, trae causa en tres principales factores: un incremento de la demanda de servicios por la sociedad, una creciente oferta prestacional por los poderes públicos y un aumento de la ineficiencia (Savas, 2000: 18-38; Salamon, 1989; Borcharding, 1977; Meltzer y Richard, 1978).

El desarrollo incontrolado de estos factores se retroalimenta necesariamente en una espiral indeseada de mayor crecimiento: cuanto mayor es el Estado mayores son las fuerzas que empujan hacia su expansión y, en consecuencia, se deriva hacia una dinámica multiplicadora de los programas prestacionales y la estructura organizativa dedicada a su planificación y ejecución y, en último término, del gasto público dentro de un escenario general de creciente ineficiencia.

En este sentido se argumenta que, a medida que una mayor disponibilidad de la riqueza de una sociedad pasa a manos del Estado a través de la detracción de los ingresos de los ciudadanos de forma coactiva, se produce una creciente invasión del poder público en las esferas propias de la actividad humana y la consiguiente pérdida de libertad individual. Cuando ese creciente poder público se ejerce de forma inadecuada a través de órganos gubernamentales irresponsables y alejados de las demandas de los

---

<sup>188</sup> La defensa más extrema de esta postura alimentó los lemas más característicos de las grandes revoluciones privatizadoras de los años ochenta del siglo XX, la protagonizada por Reagan en Estados Unidos ("Mantengamos al Estado lejos de nuestros bolsillos") y Thatcher en el Reino Unido ("Hagamos retroceder los límites del Estado").

ciudadanos, ineficiencia que aumenta a medida que se incrementa su número y tamaño, se quiebra el necesario balance entre justicia, equidad y eficiencia como principios democráticos esenciales cuyo balance debe ser perseguido por los poderes públicos.

En efecto, este proceso de cesión del poder por parte de los individuos a favor de instituciones impersonales para controlar aspectos esenciales de sus vidas en pos de su bienestar se erige sobre un acuerdo implícito entre ambas partes sobre la base del fiel cumplimiento por los poderes públicos de aquel objetivo. La actuación ineficiente de las instituciones públicas deviene en la desconfianza por parte de la ciudadanía y en el menoscabo de las reglas básicas de funcionamiento de una sociedad democrática por cuanto la acción redistributiva del Estado pierde su justificación esencial como limitación de las libertades individuales y las decisiones públicas se tornan una amenaza creciente para el sistema cuando no se dirigen a satisfacer las necesidades de los ciudadanos al amparo de los principios fundamentales que lo sustentan.

Para evitar los riesgos que para una sociedad representan los excesos de poder público, además de un preciso funcionamiento del sistema de controles constitucionales, debe dimensionarse adecuadamente su tamaño y el nivel de interferencia coactiva en la esfera de derechos y libertades individuales asegurando, en todo caso, el grado mínimo necesario para garantizarlos efectivamente. Y es que el excesivo tamaño y alcance del Estado ha resultado probado como ineficaz e incluso contraproducente en la perfección de sus funciones correctoras de los fallos del mercado que lastran el crecimiento y prosperidad económicos, contribuyendo precisamente a lo contrario.

Como señala Gwartney (1998), la OCDE ha aportado pruebas claras acerca de la inversa relación entre crecimiento económico y aumento del gasto público en 23 países miembros, demostrando que una mayor participación pública respecto del Producto Interior Bruto deriva en un mayor

decrecimiento económico y viceversa. En este mismo sentido el Banco Mundial ha destacado los perniciosos efectos de la tendencia expansiva de los Estados en los últimos treinta años, concluyendo que su creciente tamaño y alcance conducen necesariamente a la ineficiencia y abogando por una profunda modificación del rol que desempeña en la sociedad a través de la potenciación de su papel regulador y su mayor confianza en los ciudadanos, las comunidades y los mercados (The World Bank, 1997).

### 3. LA COLABORACIÓN EN EL MARCO DE LA PRIVATIZACIÓN: SU DISTINCIÓN RESPECTO DE LA PRIVATIZACIÓN PROPIA O MATERIAL.

Como se ha señalado anteriormente la privatización puede concebirse como un proceso dinámico de cambio entre un modelo de provisión pública hacia uno de provisión privada, introduciendo para ello la iniciativa de instituciones privadas en la responsabilidad de la provisión de determinados bienes o servicios. Este proceso se ha asentado fundamentalmente en razones económicas y de eficiencia, pero también en motivos filosóficos que han contribuido a su consideración como tendencia o corriente ideológica inclinada hacia una determinada concepción del rol del Estado en la economía y, en consecuencia, inspiradora de las políticas económicas de los gobiernos en la asignación de la responsabilidad en la provisión de bienes y servicios entre los sectores público y privado, estableciendo los respectivos papeles que el Estado y el mercado libre deben desempeñar en la producción y distribución de los mismos.

En tal sentido, las corrientes privatizadoras han ido perfilando la estrategia de regulación de los sectores o mercados en aquellos casos en que las condiciones permiten la adopción de diversas posibilidades para la provisión del mismo y, en tales casos, han impulsado la introducción de competencia consolidando las fórmulas regulatorias que permiten la presencia de la iniciativa privada colaborando con el sector público. Así, en función de las condiciones del mercado, su mayor o menor grado monopolístico y la

naturaleza de los bienes y servicios que deben ser provistos, la tendencia privatizadora se ha traducido en la adopción de diferentes tipos de regulación.

De acuerdo con la doctrina angloamericana tradicional se distinguen, por un lado, las fórmulas encaminadas a la introducción de la competencia y la iniciativa privada a través de la regulación contractual de base concesional de aquellas otras que efectivamente establecen la propiedad privada de los bienes y servicios o su provisión en régimen de libre competencia denominadas comúnmente como privatización propia o material.

Así, en el marco de esta concepción amplia de la privatización la figura de la delegación (*delegation*) engloba todas las formas de participación privada en la prestación de bienes y servicios públicos en las que el Estado mantiene la titularidad y responsabilidad sobre los mismos, a diferencia de aquellas otras formas de participación privada en las que se traspasa completamente la propiedad del servicio o activo público al sector privado (*divestment*) (Savas, 2000: 67).

Autores como Hodge (2005: 2) generalizan de tal forma el concepto y objetivos de la privatización que su consideración hace referencia no solamente a la venta de activos al sector privado (*divestiture*) sino también la externalización de obras y servicios (*outsourcing* o *contracting-out*) y los esquemas de concesión como expresiones materiales de lo que denomina el "actual Estado privatizado"<sup>189</sup>.

Asimismo, la doctrina distingue, dentro de este concepto amplio de privatización, distintas fórmulas o técnicas con diferentes finalidades e implicaciones en la dinámica regulatoria. Así se contemplan tanto la enajenación de activos públicos o la liberalización de mercados o servicios a

---

<sup>189</sup> El propio autor sugiere hasta 24 diferentes actividades que pueden ser interpretadas como privatización y hasta 76 objetivos explícitos e implícitos que pueden subyacer únicamente bajo un programa de venta de activos o *divestiture* (Hodge, 2005: 2).

la competencia, como la mera actuación a través de gestión de carácter privado o bajo un régimen jurídico de dicha índole (Hodge, 2000, 2005).

Esta concepción amplia de la privatización como proceso de introducción de la competencia ha sido acogida también en nuestra doctrina. Siguiendo al Villar Rojas (1993) vemos las diversas formas de privatización cuya utilización dependerá de las finalidades perseguidas:

1. Gestión indirecta o delegación; el Estado conserva la titularidad y el control sobre el servicio pero encarga a un sujeto privado la producción y gestión de los bienes y servicios necesarios. El principio jurídico que la sustenta es la delegación, por cuanto el privado actúa en nombre y bajo delegación del órgano público prestador frente a los usuarios. Admite diferentes grados de delegación con mayor o menor presencia privada, y en este tipo se encuadran los esquemas de base concesional en los que el concesionario obtiene el derecho a construir activos o u operar servicios públicos por cuenta del Estado.
2. Sometimiento al ordenamiento jurídico privado; no existe traspaso de titularidad, sino el simple cambio en el régimen legal bajo el que opera una empresa pública. Habilitándose su actuación bajo un régimen normativo privado se flexibiliza su acción y se facilita la consecución de sus objetivos liberándose de la rigidez del ordenamiento público. Sería el grado menor de intensidad en la privatización ya que no cambia la forma de provisión ni aumenta la presencia privada en la misma.
3. Venta de empresas u otros activos públicos; considerado el modo más intenso de privatización, supone el traspaso de la titularidad de una empresa o activo público a uno o varios sujetos privados. Puede producirse por venta en bloque del activo o por enajenación de participaciones con entrada mayoritaria de capital privado trasladándose el control efectivo. En el caso de servicios públicos prestados por empresas públicas en régimen de monopolio su



privatización supone de facto pasar su prestación de pública a privada pero ello no significa la introducción de competencia ya que puede mantenerse un monopolio de titularidad privada que requerirá cierto control público mediante la correspondiente regulación del mercado.

4. Liberalización del mercado; implica la apertura a la iniciativa privada de un servicio o sector antes gestionado por el sector público. La liberalización puede realizarse de forma completa, desapareciendo el sector público de la gestión, o bien, actuando en el mercado tanto sujetos públicos y privados. Conlleva la desregulación del sector, esto es, la eliminación de las barreras legales que impedían la actuación de operadores privados en competencia y reservaban su provisión al Estado en monopolio legal.

El concepto material o *strictu sensu* de la privatización se refiere únicamente a los casos en que la titularidad de los bienes o servicios se ve alterada por su traspaso efectivo al sector privado, dejando el sector público de poseer el control sobre la propiedad y la dinámica prestacional de los mismos. Esta privatización propia abarca estrictamente la venta de activos públicos a sujetos privados y la liberalización de servicios públicos mediante su apertura, total o parcial, a la libre competencia y su concepción es equivalente al concepto de *divestiture* en la doctrina anglosajona.

Por el contrario, los esquemas de regulación contractual a través de fórmulas de concesión, si bien pueden cobijarse en la concepción más laxa de privatización según la citada corriente doctrinal, quedan nítidamente diferenciados conceptualmente de la privatización *strictu sensu* de conformidad con el criterio de la propiedad en tanto la colaboración privada en la producción de bienes y servicios públicos no supone traspaso efectivo y definitivo de la propiedad jurídica de los mismos por parte del Estado, incluyéndose así en el ámbito propio de la provisión pública indirecta.

Podemos afirmar, por tanto, que el mantenimiento por el sector público del control y la responsabilidad sobre el servicio público y en último término de la propiedad de los activos impide su consideración como procesos de privatización propiamente dichos, y ello porque en un esquema de colaboración el sector público adquiere y paga bienes y servicios a un sujeto privado en nombre de la comunidad y retiene la responsabilidad última sobre su prestación aunque de hecho sea prestado efectivamente por un sujeto privado durante un largo periodo de tiempo, mientras que en un proceso privatizador el sector privado, al adquirir los bienes u operar los servicios en competencia, asume la responsabilidad total sobre su provisión (Grimsey, 2003).

Esta distinción fundamental nos acerca a uno de los aspectos más controvertidos y complejos en la implementación de los contratos de concesión como sistema estandarizado de provisión de bienes y servicios como ha sido su delimitación respecto del concepto de privatización propia, teniendo en cuenta que, en no pocas ocasiones, ambos términos son identificados como sinónimos con las consiguientes reticencias por parte de posiciones políticas y sectores sociales generadores de una abierta oposición ideológica a la presencia privada en el ámbito de lo público.

Tradicionalmente, los posicionamientos ideológicos de la socialdemocracia han abogado por una omnipresencia pública en la economía rechazando la iniciativa privada y su participación en la esfera de la prestación de bienes y servicios públicos y, consecuentemente, han juzgado en clave negativa los procesos de privatización identificándolos con el abandono de la salvaguarda del interés público por el Estado en beneficio del mercado, el lucro de grandes firmas privadas en detrimento de la calidad de los servicios públicos y la desprotección de usuarios e intereses generales de la comunidad. La extensión de estos prejuicios a cualesquiera formas de participación de sujetos privados en la esfera pública mediante su errónea identificación con una privatización propia y, en general, la aplicación

interesada de consecuencias catastróficas para el interés colectivo a la puesta en práctica de dichos esquemas, ha provocado un recelo social arraigado respecto de cualquier propuesta de esta índole.

Como se desprende de la amplia literatura al respecto, pese a que los procesos de privatización han tenido resultados dispares a lo largo del tiempo y de la experiencia de los distintos países, su expansión en las últimas décadas los ha afianzado como una estrategia adecuada en el diseño de las políticas económicas de los gobiernos para la asignación de la responsabilidad en la provisión de bienes y servicios en orden a una mayor eficiencia a través de la introducción de la competencia (Parker y Saal, 2003; Hodge, 2000; Martin y Parker, 1997; Megginson, Nash and Van Randenborgh, 1994; Domberger and Rimmer, 1994; Savas, 1993).

En tal sentido, se demuestra que su eficacia como directriz de regulación depende de una correcta aplicación en términos económicos y de oportunidad, sin que sus planteamientos conceptuales impidan, en ningún caso, la adecuada consecución del interés general, la protección de los usuarios y la equidad en la asignación de los recursos. Como brillantemente apunta Petitbó (1997: 18, 19) "unos defienden la competencia y otros la combaten. Pero dejando al margen los escépticos, un tercer grupo de ciudadanos ensayamos la elaboración de una estructura argumental e intelectual que combine, con las proporciones adecuadas, competencia, regulación, defensa de los intereses públicos y bienestar".

Esta misma conclusión debe derivarse de la implementación de cualesquiera formas de participación privada y, en particular, de los modelos de contractuales de base concesional o *PPP* (Grimsey y Lewis, 2004; Hall, 1998; Hodge y Greve, 2005; National Audit Office, 2000, 2003; Osborne, 2000; Pollitt, 2002, 2005; Savas, 2000; Vaillancourt Rosenau, 2000)<sup>190</sup>.

---

<sup>190</sup> Un reciente informe de octubre 2009 de la *National Audit Office* (NAO) en el Reino Unido actualiza el *Construction Performance Report* de 2003 sobre los resultados de la *PFI*. Este

### III. IDONEIDAD ECONÓMICA DE LOS ESQUEMAS DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA.

#### 1. CONTRATO DE CONCESIÓN Y ESTRUCTURA DEL MERCADO.

Alcanzada esta distinción esencial y, dejando a un lado el ámbito de la privatización propia o *strictu sensu*, se hace necesario delimitar el vínculo existente entre la idea de privatización y la regulación contractual en la esfera de las infraestructuras, esto es, cuáles son los parámetros de implementación de los esquemas de concesión y en qué medida se integran en el marco general de la privatización.

A partir de los cambios en la financiación pública y la liberalización de las economías en la década de los ochenta se produjo una traslación conceptual en el campo de las infraestructuras, pasando muchas de ellas a ser consideradas como bienes cuasi-públicos y susceptibles por tanto de participación privada en su provisión a través de medidas encaminadas a la regulación de los mercados o el establecimiento de tarifas a los usuarios por el uso del servicio (Regan, 2005). El objetivo es evitar los problemas de exclusión o rivalidad que presentaban algunas infraestructuras consideradas como bienes públicos, permitiendo así la entrada del sector privado en su construcción, financiación u operación, y la consecuente aportación en términos financieros y de eficiencia.

En estos casos, es posible y deseable la introducción de la competencia a pesar de mantenerse un escenario monopolístico y ello se alcanza mediante la adopción como esquema regulatorio de un contrato de concesión mediante licitación pública y competitiva. Así, Sir Edwin Chadwick (1859) propuso por

---

informe confirma que, en general, la colaboración público-privada funciona mejor que las adjudicaciones de contratos convencionales en lo que respecta al presupuesto (65 % de proyectos de iniciativa de financiación privada – PFI) y a la prestación puntual (69 %). Los excesos de costes constatados se debieron a la autoridad o a terceras partes en el 90 % de los casos. Por añadidura, el 91 % de los proyectos finalizados fueron calificados por los principales usuarios como muy buenos o bastante buenos en términos de construcción, calidad y concepción.

primera vez la licitación competitiva de concesiones como solución a los problemas propios del monopolio natural y en 1968 Demsetz desarrolló esta teoría en los Estados Unidos en su influyente artículo *"Why Regulate Utilities"*.

Como vino a demostrar Demsetz siguiendo los postulados de Chadwick, de esta manera unos bienes que por su naturaleza debían ser necesariamente provistos por el Estado sin posibilidad de integrarse en un mercado libre en competencia, encuentran la vía para beneficiarse de las ventajas que el sector privado incorpora a la gestión pública, y de una forma de competencia *ex ante* propia de las licitaciones públicas que introduce la competición "por el mercado" en lugar de "en el mercado" contribuyendo a la reducción de costes, incremento de la calidad y la innovación por los licitantes en los casos de monopolio natural en los que no cabe el mercado competitivo.

En este sentido, cuando la libre competencia en el mercado no es posible por sus condiciones monopolísticas, la competencia por el derecho a ejercer el monopolio natural se convierte en una alternativa realista para asegurar la eficiencia en el coste a través de la licitación pública del contrato y su adjudicación a la oferta más atractiva en términos de precio y condiciones técnicas de provisión. Como solución regulatoria resulta idónea para afrontar las barreras de acceso al mercado existentes en un monopolio natural como son las inversiones permanentes e inmóviles que cualquier competidor debería realizar para situarse en el mercado. En el caso de los contratos de concesión, la competencia se produce "sobre el papel", esto es, sin necesidad de acometer inversión alguna por parte de los potenciales competidores ya que la licitación pública competitiva se configura en torno a la simple oferta de las condiciones más ventajosas (Dnes, 1995: 2).

En tales casos, como son los de muchas de las infraestructuras asociadas a servicios públicos económicos, la alternativa a su prestación directa por el sector público pasa necesariamente por la colaboración con el sector privado en el reparto de las funciones y responsabilidades inherentes a su desarrollo en busca de parte de los efectos beneficiosos propios de la

competencia en ausencia de libertad total de mercado. Las fórmulas serán diversas en función de la estructura de dicho mercado y el grado monopolístico que presente, abarcando desde un escenario de tutela regulatoria del Estado en los casos de menor presencia monopolística, pasando por las distintas formas de colaboración con el sector privado, especialmente las de base concesional, que armonicen el necesario control del sector público y el saludable efecto de la competencia en aquellos mercados más rígidos en el plano competitivo.

Así, cuando unas tendencias monopolísticas severas en el mercado impiden la actuación eficiente en competencia y aconsejan la existencia de un único proveedor, originariamente el Estado, la privatización o introducción de la competencia deberá articularse a través de la licitación pública para que el sector privado provea el bien o servicio en régimen de monopolio. La licitación por aquél de una concesión o *franchise* para la provisión de los bienes y servicios necesarios otorga a un particular el derecho a prestar las funciones objeto de licitación por delegación y en régimen de monopolio, es decir, de forma exclusiva ya que la licitación pública establece competencia para acceder al mercado, pero el adjudicatario final de la concesión actuará en éste de forma monopolística (Klein, 1998: 4).

En tal caso, las condiciones de monopolio natural que adornan el mercado se complementan y refuerzan con un monopolio legal consistente en la reserva de exclusividad para proveer el mercado otorgada, no por las propias características del sector, sino por imperativo legal. La habilitación legal contenida en la adjudicación del derecho concesional otorga al concesionario un derecho de exclusividad sobre la provisión que lo convierte en titular de un monopolio legal, sin posibilidad de que ningún otro operador participe en el mercado en tanto tal derecho tenga vigencia.

Los procesos de privatización consistentes en la implementación de regulaciones contractuales de corte concesional en los aquellos sectores de infraestructuras en red de marcado carácter monopolístico conducen, por

tanto, a unos efectos económicos beneficiosos por la introducción de competencia *ex ante* que contribuye a la reducción de costes, incremento de la calidad e innovación por los licitantes pero conservando, a través del monopolio legal propio del derecho concesional, la provisión del mercado en régimen de monopolio por el concesionario adjudicatario. Su adopción por los gobiernos debe, no obstante, ser cuidadosamente estudiada por cuanto no en todos los casos las condiciones del mercado son fácilmente identificables o tienen carácter permanente en el tiempo y cabría el riesgo de introducir esquemas privatizadores en condiciones finalmente monopolísticas que derivarían en un ineficiente escenario de provisión.

En efecto, bajo estas premisas básicas pueden identificarse escenarios complejos en los que la propia estructura del mercado dificulta en gran medida la implementación de las adecuadas políticas públicas conducentes a la ordenación del régimen de provisión de bienes y servicios.

Como señalan Kerf, Gray, Irwin, Levesque y Taylor (1998: 13 y 14) en el ámbito de las infraestructuras aparecen mercados cuyas condiciones no facilitan la determinación a priori de su condición competitiva o monopolística, los llamados “potencialmente competitivos”, en los que la introducción de esquemas concesionales podría limitar la posible competencia en el mercado o bien resultar más eficientes que la liberalización del mismo dependiendo de las tendencias que finalmente se impongan. Así, son considerados habitualmente como monopolísticos en la provisión de infraestructuras los sectores de distribución de agua, distribución eléctrica, distribución de gas, infraestructuras viarias para ferrocarril y carreteras. Por otro lado, se definen como potencialmente competitivos la generación eléctrica, la producción de gas, el suministro de electricidad y gas, las telecomunicaciones (telefonía fija y móvil) y el servicio ferroviario.

En esta disyuntiva debe tenerse presente el alcance de los efectos negativos que la implementación de un esquema concesional puede plantear en el seno de un mercado potencialmente competitivo, y que derivan del

concepto de exclusividad propio del monopolio legal que suele acompañar la actuación en régimen de monopolio natural. Por un lado, existe una incidencia positiva consistente en el reforzamiento de la concesión y la protección de la posición del concesionario frente a una eventual entrada de otros competidores, evitando la ineficiencia que se derivaría en el caso de que el mercado fuese o deviniese naturalmente monopolístico y con ello haciendo más atractiva la concesión para los posibles licitantes y permitiendo al sector público su planteamiento con unas mejores condiciones.

Al mismo tiempo, no obstante, la situación legal de protección en el mercado que la exclusividad concede al concesionario puede incidir en una falta de incentivos por parte de éste para la mejora en su actuación más allá de sus obligaciones contractuales, así como significar en si misma un riesgo en el caso de que las condiciones del mercado se revelasen proclives a la competencia abierta por la limitación que para ésta supondría la imposibilidad legal de entrada de otros operadores.

En este escenario se apunta la posibilidad de licitar concesiones que no concedan la exclusividad en la provisión del mercado al adjudicatario, o que la otorguen sólo durante una parte del plazo total de concesión, dejando abierta una eventual entrada de otros competidores (Guislain, 1997). La simple amenaza de competencia puede espolear al concesionario a incrementar la calidad y eficacia de su prestación, incentivándole incluso para extender el servicio a otras áreas desabastecidas en el límite de acción de la concesión y, por otro lado, se mitiga el riesgo de error en la elección de la fórmula de provisión en el caso de que el mercado se decante finalmente como competitivo (Kerf, Gray, Irwin, Levesque y Taylor, 1998: 14). Esta complejidad se acentúa en los casos frecuentes en que ambas estructuras conviven en las distintas fases o instancias presentes en la producción de un bien o servicio, presentándose unas de corte monopolístico en íntima relación con otras potencialmente competitivas.



En estas circunstancias, las políticas públicas deben enfocarse hacia un análisis profundo del mercado con carácter previo a la toma de decisiones sobre la forma de provisión de las infraestructuras o servicios que sean necesarios, planteándose la posibilidad de medidas que reformen su estructura en orden a una más eficiente utilización de los recursos. Así ocurre, por ejemplo, en sectores como el de la energía eléctrica o el gas, en los que las distintas fases o procesos pueden tener condiciones de mercado diferentes, siendo la producción o generación y el suministro potencialmente competitivos mientras que el transporte y la distribución disfrutan de condiciones de monopolio natural, y resultando, por tanto, aconsejable medidas que separen verticalmente dichos procesos en mercados independientes que permitan aplicar formas de provisión adecuadas a cada uno de ellos.

De tal manera, pueden liberalizarse los mercados potencialmente competitivos de producción y abastecimiento en competencia, aún regulada, favoreciendo el posible desarrollo de la competitividad y establecer la dotación de las infraestructuras y el servicio de distribución en régimen de concesión introduciendo los beneficios de la competencia *ex ante* en un sector monopolístico mediante la colaboración del sector privado<sup>191</sup>. Estas medidas de separación de los mercados pueden producirse igualmente de forma horizontal cuando la necesaria disgregación se efectúe en un mismo plano funcional, creando distintos mercados a nivel regional en un mismo sector o en función de criterios operativos<sup>192</sup>.

---

<sup>191</sup> Ejemplos de estas actuaciones se documentan por el Banco Mundial en países como Argentina, Australia, Colombia, Nueva Zelanda o Reino Unido (Kerf, Gray, Irwin, Levesque y Taylor, 1998: 14).

<sup>192</sup> Por ejemplo, la separación del sector ferroviario en mercados regionales (Argentina y Méjico), o los servicios de telefonía entre local o larga distancia (Argentina, USA, Hong Kong).

## 2. LA TEORÍA DE LOS CONTRATOS INCOMPLETOS Y LOS COSTES DE TRANSACCIÓN.

El proceso para la elección de la estrategia más adecuada para la regulación de un monopolio puede ser explicado desde el concepto de los costes de transacción aplicado a la actuación de los mercados y los contratos. Esta teoría fue desarrollada inicialmente por Coase en 1937 y revisada posteriormente por Williamson (1971, 1979), North y Thomas (1973), entre otros, y vino a plantear una revisión crítica de la teoría de Demsetz (1968) sobre la competencia *ex ante* propia de las licitaciones públicas que introduce la competición “por el mercado” en lugar de “en el mercado” contribuyendo a la reducción de costes, incremento de la calidad y la innovación por los licitantes en los casos de monopolio natural en los que no cabe el mercado competitivo.

La idea central se asienta en que toda actividad económica puede ser dividida en una serie de transacciones cuya ejecución impone unos costes determinados a las partes intervinientes y ello por dos razones fundamentales: por un lado, la imposibilidad para las partes de conocer las posibles contingencias que afectarán a la relación y, por otro, la posibilidad de actuación oportunista de alguna de ellas.

Realmente resulta imposible en una relación comercial prever todas las eventualidades y hechos relevantes que, de una forma u otra, pudieran tener influencia para el desarrollo de aquélla, por la indisponibilidad de toda la información necesaria así como por las propias dificultades de vaticinio sobre hechos futuros e inciertos, y la cobertura de tal riesgo mediante la recopilación de datos y elaboración de previsiones implicaría un serio coste en tiempo y dinero para las partes. Por otro lado, las partes pueden actuar de modo oportunista, reteniendo en su poder parte de la información relativa a la relación comercial, por ejemplo, si con ello creen que podrán obtener alguna ventaja frente a la otra parte o terceros. Cuando concurren tales

circunstancias podemos hablar del *carácter incompleto* de una relación (Williamson, 1971, 1979; Goldberg, 1976).

En condiciones ideales de total acceso a la información y comportamiento leal por las partes hasta la más compleja relación podría llevarse a cabo sin grandes complicaciones, pero en la vida real los intervinientes deberán afrontar un enorme coste para obtener y analizar la información en aras de una mejor evaluación de las contingencias así como diseñar sofisticadas arquitecturas contractuales para protegerse contra cualquier eventualidad o actuación oportunista que pudiera acaecer en el futuro.

En este contexto de relaciones incompletas se plantean las diferentes soluciones regulatorias con un efecto también distinto en relación con los costes de transacción, resultando más o menos aconsejables en términos de eficiencia. La obra de North y Thomas (1973) vino a incidir en este aspecto al demostrar que el desarrollo de sistemas legales como marco jurídico de regulación que asegurara la efectividad de los contratos resultó esencial en el crecimiento de las economías occidentales por su contribución a la reducción de los costes de transacción. Teniendo en cuenta que es el Estado y no los individuos quien más fácilmente puede implementar un sistema legal de garantías y, sobre todo, hacerlo cumplir gracias a su poder coercitivo, se argumentó la existencia de una clara relación entre la regulación o intervención pública y la reducción de los costes de transacción y consecuentemente una primera razón para la publicación de la iniciativa respecto de las relaciones altamente incompletas.

Debemos traer a colación en este momento la perspectiva aportada por el denominado “Teorema de Coase” sobre la importancia de los costes de transacción y, en particular, su relación con los derechos de propiedad como una fuente de generación de éstos (Coase, 1937). Así, el autor se refiere a que en un escenario con cero costes de transacción y unos derechos de propiedad perfectamente delimitados los individuos podrán actuar a través de

múltiples formas de transacción voluntaria para regular sus relaciones. En estas condiciones las fuerzas del mercado asegurarán que las transacciones ventajosas para las partes se llevarán a cabo, sin necesidad de intervención por los poderes públicos a través de regulación económica de sus condiciones.

La realidad de las relaciones comerciales, sin embargo, nos acerca a un contexto con múltiples costes de transacción derivados de posibles incertidumbres e información asimétrica por las partes (Klein, 1996: 1). Entre estos costes podríamos considerar, según el propio autor, una ambigua determinación de los derechos de propiedad puede dar lugar a una actuación oportunista de alguna de las partes en perjuicio de la otra o de terceros en tanto puede actuar fácilmente sin su consentimiento. En este escenario, el Estado deberá intervenir en la regulación de dichas relaciones, bien para clarificar los derechos de propiedad o para reducir, en último término, los costes de transacción y el enfoque de dicha regulación se dirigirá hacia la fuente de costes de transacción que se manifieste de una forma más relevante en el devenir de la relación (Gómez-Ibáñez, 2003: 21).

Desde este punto de vista, si el mayor problema para el desarrollo de acuerdos voluntarios es la ambigüedad de los derechos de propiedad bastará con que el Estado establezca una regulación general, un marco legal de obligado cumplimiento, que delimite y proteja dichos derechos y, bajo dicho marco de cobertura, las partes implementarán libremente sus relaciones mediante transacciones voluntarias sometidas a las reglas del mercado. Por el contrario, si existen otras fuentes de generación de costes de transacción que imposibilitan el adecuado diseño de las relaciones voluntarias dado el elevado coste que generaría su negociación, formalización e implementación y, con independencia de que los derechos de propiedad estén bien delimitados, el Estado deberá intervenir directamente en la regulación de dichas transacciones estableciendo de forma unilateral las condiciones que,

previsiblemente, habrían acordado las partes de manera voluntaria e imponiéndolas con carácter coactivo a éstas.

En todo caso, incluso con muy elevados costes de transacción, la intervención directa del Estado sólo es deseable si las condiciones de regulación se encaminan a asegurar la misma solución que las partes habrían buscado de forma voluntaria y libre en un hipotético contexto sin costes de transacción. En este sentido, incluso con altos costes de transacción la participación privada puede ser una opción regulatoria beneficiosa (Klein, So y Shin, 1996: 4).

En esta labor de estimación de los parámetros que voluntariamente se hubieran acordado en una relación, el Estado no está exento de cometer fallos de diagnóstico o imprecisiones en la elección de la estrategia regulatoria que puedan introducir nuevos problemas y distorsiones que no existirían en un marco transaccional de común acuerdo entre las partes. Por ello, la intervención pública debe solucionar una situación de incapacidad del mercado y no crear nuevos escenarios de ineficiencia. En palabras de Littlechild (1983: 1. 11) “la cura debe ser mejor que la enfermedad”.

En el caso de las infraestructuras las incertidumbres no provienen de la indeterminación de los derechos de propiedad sino por la realización previa de inversiones específicas de carácter permanente que deben realizar las partes (Gómez-Ibáñez, 2003: 22). En el diseño, construcción y operación de las infraestructuras que dan soporte a los servicios públicos el valor añadido generado por la realización de inversiones específicas para el proyecto por parte de los sujetos intervinientes en el mismo determina decisivamente el devenir de la relación contractual entre el proveedor y el sector público haciendo más eficiente para ambos su mantenimiento en el largo plazo respecto de una eventual resolución y posterior cambio de las partes.

Así, por ejemplo, en el caso de que el diseño, construcción de una infraestructura (carretera, puente, prisión u hospital) y la operación el servicio

correspondiente se encomiende por el Estado a un sujeto privado, ambas partes realizan una serie de inversiones específicas para la implementación de dicho proyecto. El proveedor invierte en un activo físico bajo las condiciones peculiares que, con mayor o menor flexibilidad, impone la concreta realidad del servicio público para el que aquel ha de servir. El sector público, por su parte, también invierte previamente sus esfuerzos en el proyecto en términos de planificación, licitación, diseño y recursos. Ello determina que, una vez iniciada la relación contractual entre ambos, su ruptura supondría la pérdida de la eficiencia representada por esas inversiones específicas para esa relación, ya que ni el activo ni los recursos aportados por las partes servirían de igual forma para las diferentes necesidades o características de otros clientes o proveedores (De Bettignes y Ross, 2004: 140).

La voluntad de apropiación de dicho valor por ambos sujetos, proveedor y cliente, aboca su relación comercial a escenarios de conducta oportunista y a la multiplicación de negociaciones, aumentando consecuentemente los costes de transacción que éstas producen y la ineficiencia global de una relación a largo plazo como la presente en la provisión de infraestructuras. La eliminación o mitigación de estas denominadas ineficiencias *ex post* debe encauzarse mediante la articulación de contratos a largo plazo que contemplen adecuadamente en su clausulado la compleja riqueza de previsiones y matices necesarios para evitar el recurso a la renegociación por las partes a lo largo del periodo de vigencia de la relación y reducir el coste de las transacciones que de ello se derivan (De Bettignes y Ross, 2004: 140).

Sin embargo, la praxis de las relaciones comerciales a largo plazo resulta altamente compleja e impredecible de manera que no solamente se antoja difícil la previsión de todas las posibles contingencias que pudieran afectar a las partes durante la vigencia de las mismas sino que, aún pudiendo preverlas, su adecuada cobertura contractual aparece cuanto menos que imposible en los parámetros habituales de actuación. Estas circunstancias de imprevisibilidad son las que definen a este tipo de contratos como

*incompletos*, en tanto que un acuerdo escrito es ineficiente para eliminar o reducir las ineficiencias *ex post* que devienen en la relación comercial, al no poder prever y dar cobertura a las eventuales contingencias a largo plazo (Williamson, 1971, 1979; Goldberg, 1976).

La *teoría de los contratos incompletos* en el ámbito específico de las infraestructuras fue desarrollada posteriormente por autores como Klein, Crawford y Alchian (1978), que impulsaron la idea de que el carácter incompleto de estas relaciones impide la redacción de contratos a largo plazo que eviten las ineficiencias provocadas por las inversiones específicas, abocando la relación entre proveedor privado y sector público a continuas negociaciones y revisiones que disparan los costes de transacción y hacen ineficiente el esquema prestacional.

Con estas premisas la solución regulatoria dependerá de la intensidad con que aparezcan los costes de transacción en la relación en tanto que cuanto más elevados sean éstos (más incompleta es la relación) menos posibilidades tienen las partes de ser eficientes en una regulación contractual y más necesaria es la presencia del Estado. Así cuando los costes de transacción devienen significativamente elevados la intervención pública se hace imprescindible a través de la provisión directa de los bienes por parte de la Administración o mediante una regulación discrecional de sus condiciones de prestación a cargo de agencias públicas especializadas.

Por ello, en el caso de contratos altamente incompletos se hace aconsejable la asunción de las distintas funciones del proceso de provisión por un único sujeto, el Estado, de forma que se eviten las renegociaciones que la naturaleza de la relación generaría y se refuerce la eficiencia en la utilización de los recursos. Este sería el escenario propio de la provisión pública de infraestructuras y servicios, en tanto que la regulación contractual a través de la colaboración público-privada con participación del sector privado como proveedor de las funciones de diseño, construcción y operación resultaría a todas luces ineficiente (De Bettignes y Ross, 2004: 140). En el

caso de relaciones en menor grado incompletas será posible la adopción de soluciones regulatorias con colaboración privada como los contratos de concesión. Sería el escenario propio de la colaboración público-privada (Crocker y Masten, 1996).

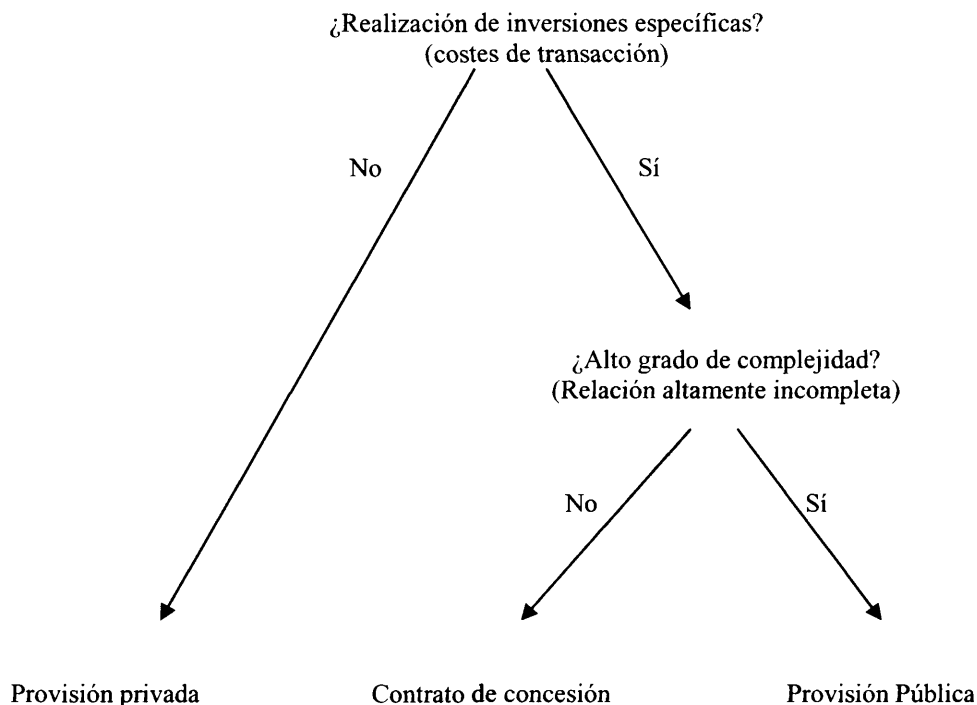
El grado de complejidad e imprevisibilidad de la relación comercial, que determina el carácter incompleto del contrato, dependerá de la infraestructura o servicio que se provea. La doctrina distingue a modo de ejemplo infraestructuras simples y relativamente previsibles como la construcción de un puente, en las que cabría participación privada, de otras más complejas como las relacionadas con servicios sanitarios que aconsejan su provisión por parte del sector público (Crocker y Masten, 1996).

En este sentido Crocker y Masten (1996) ilustran de forma sintética la eficiencia de las distintas formas de provisión de infraestructuras: prestación pública, mediante colaboración público-privada (concesión) y por el sector privado en competencia, en relación con la teoría de los contratos incompletos y la realización de inversiones específicas.



Veámoslo en la figura siguiente.

FIGURA 6: ELECCIÓN DE LA REGULACIÓN ÓPTIMA PARA LA PROVISIÓN DE INFRAESTRUCTURAS



Fuente: Crocker y Masten, (1996).

### 3. EL ENFOQUE DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD.

Debemos partir del escenario propuesto a finales de los años ochenta por Grossman y Hart (1986) y Hart y Moore (1990) acerca de la importancia de los derechos de propiedad de los activos en las relaciones a largo plazo, explorando el diferente comportamiento que los bienes de carácter público tienen en el mismo. Dicho modelo pretendía resolver la cuestión sobre qué sujeto, público o privado, debía asumir la responsabilidad de proveer las infraestructuras y concluía que los derechos de propiedad sobre los activos (infraestructuras) debían ser ostentados por aquella de las partes de la relación que proporcionara una eficiencia marginal mayor.

Los autores demuestran que en una relación a largo plazo en la que se realizan inversiones específicas previas que producen un valor añadido, la

parte que goza de la propiedad sobre los activos obtiene un mayor poder de negociación frente a la otra en relación con apropiación de dicho valor. En caso de que las relaciones se resuelvan, el propietario de los activos tendrá más poder para renegociar y apropiarse de dichas inversiones y dicha posición le conferirá un mayor incentivo a realizarlas con carácter previo.

Se afirma que la propiedad deberá situarse, por tanto, en la parte que mayor eficiencia aporte en la realización de esas inversiones previas en tanto que su mayor incentivación para llevarlas a cabo dará lugar a un aumento neto de la eficiencia en la relación. Así, el Estado debe traspasar la iniciativa al sector privado en el diseño, construcción, financiación y operación de infraestructuras sólo en el caso de que éste resulte más eficiente (Grossman y Hart, 1986; Hart y Moore, 1990).

Las aportaciones de estos autores en el contexto teórico de los contratos incompletos desplazaron el enfoque doctrinal hacia la importancia de los derechos de propiedad en las relaciones de provisión de infraestructuras y servicios. En su opinión, en el seno de una relación de carácter incompleto, la parte que ostenta los derechos de propiedad sobre los activos o inversiones específicas gozará de un mayor poder negociador y una posición de ventaja en caso de eventuales resoluciones contractuales y ello hará que su incentivo para realizar dichas inversiones sea mayor (Grossman y Hart, 1986; Hart y Moore, 1990)<sup>193</sup>. La propiedad de los activos deberá residir, por tanto, en la parte que aporte mayor eficiencia marginal en la realización de las mismas ya que su superior incentivo para invertir conducirá a un incremento de la eficiencia total de la relación prestacional.

En ese sentido, cuando una infraestructura se presta mediante un esquema de colaboración público-privada el Estado transfiere la propiedad económica sobre los activos al sector privado, que resultando en una mejor

---

<sup>193</sup> Los autores señalan que el control sobre los activos concede mayores "alternativas externas" para el propietario que para la otra parte en caso de ruptura de la relación (Grossman y Hart, 1986; Hart y Moore, 1990).

posición negociadora, ganará incentivos para invertir e innovar en aquellos a la vez que el sector público pierde dicha ventaja. Solamente si el sujeto privado puede resultar más eficiente que el público en la realización de dicho proceso inversor deberá afrontarse este tipo de provisión a través de la licitación de una fórmula concesional, pues ello conduciría a un aumento de la eficiencia en la provisión del servicio, reservándose el Estado la provisión directa en caso contrario.

Sobre esta base doctrinal, destaca la aportación de Besley y Ghatak (2001) acerca del “beneficio alternativo” motivado por la naturaleza pública de dichos bienes. Los autores demuestran que la propiedad y el poder de negociación sobre los activos que permiten obtener beneficios en la relación por la apropiación del plus proveniente de las inversiones realizadas no deben ser ostentadas por la parte que más eficiencia marginal aporte ya que los bienes públicos conceden también un “beneficio alternativo” cuya valoración debe tenerse en cuenta (por ejemplo el interés educativo o asistencial presente en la construcción de una nueva escuela o un hospital respectivamente).

En este sentido el poder de negociación aparece también en aquella de las partes que más interés tenga en dicho beneficio alternativo, habitualmente será el sector público, y las inversiones realizadas en relación con él aumentarán su valor y consecuentemente reforzarán la posición negociadora de la parte interesada <sup>194</sup>.

Ello lleva a la conclusión de que la propiedad de los activos, en el caso de los bienes públicos, debe ostentarse por aquella parte que más interés tenga en la consecución del beneficio alternativo, maximizando la inversión en el mismo, rompiendo la tendencia seguida por el modelo de Grossman y Hart y Hart y Moore que abogaba por su traslación a la parte más eficiente. Así, se justifica que en la provisión de bienes públicos en condiciones de monopolio

---

<sup>194</sup> No obstante, organizaciones no gubernamentales, grupos sociales o comunidades podrían ostentar este interés incluso por encima del propio Estado.

natural la mayor eficiencia del sector privado resulta irrelevante (Eremburg, 2004).

En esta arquitectura argumentativa sobre los escenarios de idoneidad de las formas de provisión privada de infraestructuras en relación con la más tradicional prestación pública, la contribución de Hart, Shleifer y Vishny (1997) conduce el debate hacia el examen de la provisión privada desde la delicada perspectiva de la contraposición entre eficiencia y calidad, subrayando que un aumento en la mayor eficiencia del sector privado a través de la reducción de los costes conlleva una correlativa disminución de la calidad del servicio. Siguiendo los postulados lógicos enunciados por la teoría de los contratos incompletos los autores afirman que el sujeto privado, al ostentar la propiedad sobre los activos, gozará de mayores incentivos para aumentar la eficiencia en la inversión a través de la reducción de los costes pero ello a costa de no asumir los efectos negativos que dicha reducción tendrá sobre la calidad en la prestación del servicio.

Así, el aumento de eficiencia se conducirá mediante inversiones improductivas que reducen los costes a la vez que disminuyen la calidad prestacional, denominadas *corner-cutting* o *quality-shading*, y la decisión entre la provisión privada o pública dependerá entonces de la importancia que para el servicio público que se trate signifique este balance entre eficiencia y calidad.

#### 4. INTEGRACIÓN Y SEPARACIÓN DE FUNCIONES: BUNDLING Y UNBUNDLING.

Hart (2002) aborda una excelente adaptación de esta teoría al entorno concreto de los *public-private partnerships*, partiendo de los postulados de la teoría de la empresa y delimitando los márgenes de aplicación de la provisión pública o privada en la ejecución de infraestructuras y servicios.

Para la construcción y operación de cualquier servicio como un edificio público, prisión u hospital, el constructor puede acometer dos tipos de inversiones en el activo que tendrán repercusiones positivas y negativas sobre la operación del servicio en términos de beneficios para la sociedad y costes derivados de ello. Por un lado las inversiones productivas, por ejemplo mejoras en la calidad y bondad del edificio que lo haga más atractivo y seguro, incrementarán los beneficios sociales de la operación del servicio y reducirán los costes para conseguirlos (Hart, 2002: 6). En contraste, las inversiones improductivas reducirán los costes operativos pero al mismo tiempo disminuirán la calidad del servicio, pudiéndose identificar con las inversiones *corner-cutting* que aparecen en Hart, Shleifer y Vishny (1997).

Hart (2002: 6) ejemplifica los tipos de inversiones escenificando la construcción y operación de una prisión por el Estado. El constructor del edificio realizará inversiones productivas a través de la mejora de la calidad del edificio que lo hagan más funcional, habitable y estéticamente atractivo, de modo que el servicio penitenciario obtenga beneficios en términos de calidad y aceptación social a la vez que se reduce el coste de su prestación gracias a las facilidades otorgadas por las mejoras en la infraestructura. Por el contrario, invertirá improductivamente cuando acometa incrementos en las medidas de seguridad (por ejemplo vallas electrificadas) que reducirán el coste de la prestación del servicio al poder disminuir el número de efectivos humanos en labores de vigilancia, pero que reducirán también la calidad del servicio penitenciario y su valoración social.

Con estas premisas se dibujan dos posibles escenarios de provisión: la tradicional prestación directa por el Estado implicará la separación o *unbundling* de las funciones de construcción, por una parte, y la operación del servicio por otra, de manera que se contratará con un constructor la ejecución del edificio y, una vez terminado, se licitará separadamente la prestación del servicio y se adjudicará su realización a un sujeto privado distinto del anterior, mientras que la colaboración privada en la provisión se articulará a través de

un esquema concesional basado en la integración vertical de las funciones o *bundling* que supondrá que el sujeto privado adjudicatario desarrollará el diseño, construcción y operación de la infraestructura (Hart, 2002: 7 y8)<sup>195</sup>.

El efecto de las distintas inversiones sobre el equilibrio entre eficiencia y calidad determinará decisivamente las decisiones públicas en la implementación de uno u otro tipo de provisión, todo ello asumiendo un entorno de contratos incompletos en el que se ignoran las eventuales aportaciones inversoras públicas. En el marco de la provisión pública o *unbundling*, aunque las inversiones que el constructor realice tendrán influencia en los costes operativos del servicio que servirán de referencia para fijar el precio que el Estado deberá pagar al operador en condiciones de licitación en competencia, el constructor no asumirá ni el beneficio social ni sus costes a la hora de invertir, esto es, no internaliza las externalidades positivas y negativas sobre el servicio que generarían las inversiones productivas e improductivas en el activo y lo construirá al menor coste posible dentro del margen y especificaciones que permitan el proyecto y el contrato acordados con la Administración contratante.

Así, bajo los parámetros de un contrato incompleto con inversiones específicas, la provisión directa del Estado supone que propiedad económica de los activos permanece bajo su control y que el sujeto privado no tendrá incentivos para invertir eficientemente ya que no posee una posición fuerte ante eventuales revisiones de la relación para apropiarse del valor añadido que supone la especificidad de la inversión. Esto es, como el constructor no

---

<sup>195</sup> La provisión directa por el Estado coincide aquí con los métodos tradicionales de contratación pública consistentes en el diseño de una infraestructura por el sector público y, tras licitación pública, la adjudicación de su construcción a una empresa privada siguiendo las pautas de actuación previstas por aquel. Una vez finalizada y pagada la obra, el Estado adjudica con el mismo procedimiento la prestación del servicio al que la infraestructura da soporte físico a un operador privado distinto del constructor. Debe recordarse, no obstante, que la provisión directa del Estado *strictu sensu* implica la realización con medios propios de las fases funcionales del proyecto sin recurrir a empresas privadas, en tanto ello supone una forma de externalización o *outsourcing* si bien, la práctica habitual indica que, aún en el caso de que el desarrollo de la actuación sea encomendada a una empresa pública, es frecuente su subcontratación con contratistas u operadores privados.

será el encargado de operar el servicio no está incentivado para realizar inversiones que produzcan un beneficio social (que interesa al Estado) o reduzcan el coste operativo (que sólo afectará al precio a pagar al operador ya que a él le pagarán la obra a precio cierto) y cuyo valor no estaría en posición de apropiarse. La no realización de inversiones conduce, por tanto, a una situación de subinversión respecto del nivel deseado de inversiones productivas, pero óptima en relación con las improductivas (Hart, 2002: 10).

Por el contrario, en un esquema concesional en el que se produce la integración vertical de las funciones de construcción y operación en el mismo sujeto privado, éste no asumirá el beneficio social que produce el servicio pero sí internalizará la reducción de los costes operativos del mismo lo que conducirá a una mayor realización de inversiones productivas pero, sobre todo, a un incremento de las improductivas por el efecto reductor de ambas sobre el coste operativo (Bennett e Iossa, 2004: 4; Hart, 2002: 10).

En este sentido, un principio básico en la articulación de un esquema de colaboración con base concesional es el establecimiento por el sector público de unos estándares de servicio que deben cumplirse dejando libertad al concesionario para diseñar y para construir el activo. La existencia de este margen de actuación y la propiedad económica sobre el activo que ostenta incentivarán al concesionario a realizar eficientemente las inversiones de ambos tipos en busca de la reducción de los costes operativos del servicio, que contribuirá en términos de beneficio neto tanto si el servicio lo opera directamente o lo subcontrata (en este caso el precio que pagará el concesionario al subcontratista se fijará de acuerdo a dichos costes operativos). En este caso, la realización de ambas clases de inversión plantea un contexto óptimo de inversión productiva pero de sobreinversión respecto de las improductivas (Hart, 2002: 10).

Desde esta perspectiva, la conclusión de Hart (2002) se asienta en la lógica argumental que surge del contraste conceptual entre ambos modos de provisión y el distanciamiento en sus notas definitorias, ello enmarcado en la

concepción incompleta de las relaciones a largo plazo. El autor sitúa la provisión pública o *unbundling* como más conveniente en aquellos casos en que los parámetros de calidad de la infraestructura sean fácilmente determinables mientras que los del servicio no lo sean.

En ese escenario, el efecto de subinversión productiva propio de este tipo de provisión no representará un inconveniente mientras que la sobreinversión improductiva típica de un esquema concesional sí lo sería. Dado que en la contratación pública convencional el constructor se ceñirá a las especificaciones técnicas de la obra fijadas por la Administración contratante, la falta de inversiones en la calidad de la infraestructura (productivas) no tiene un efecto tan negativo sobre la eficiencia por cuanto la obra viene ya definida de forma precisa y los parámetros de calidad en la construcción no se erigen en referencia de actuación. Sí resulta ineficiente la utilización de un esquema concesional porque el exceso de inversiones que reducen el coste y la calidad del servicio (improductivas) no permitirían alcanzar un adecuado nivel de calidad dado que no podrían delimitarse claramente unos indicadores de referencia del servicio (Hart, 2002: 10).

En sentido contrario, un modelo concesional resultará más eficiente en aquellos proyectos en que las especificaciones de construcción del activo conlleven complejidad en su implementación mientras que los parámetros de calidad del servicio sean razonablemente determinables. En tales casos, la sobreinversión improductiva del *bundling* no aparece como problemática, pero sí lo sería la subinversión productiva propia de la provisión pública (Grout, 1997; Hart, 2002: 10).

Esto es así ya que al no poder delimitarse específicamente la construcción la carencia de inversión productiva de la provisión pública limitaría su calidad, mientras que un modelo concesional sí aportaría inversiones específicas en la calidad constructiva. Además de ello, el exceso de inversiones improductivas propio de éste último no tendría una repercusión relevante sobre la eficiencia del proyecto por cuanto, al poder delimitarse en



detalle los parámetros de calidad del servicio y ser de obligatorio cumplimiento por el concesionario, se mitigaría el efecto reductor de la calidad causado por dichas inversiones.

Sobre la base de este criterio general, quedaría en manos de las políticas públicas materializar en la praxis de los proyectos el escenario de provisión más eficiente identificando las condiciones presentes en cada tipo de infraestructura o servicio, teniendo en cuenta que tal consideración podrá oscilar a merced de muy diversos parámetros circunstanciales poniendo en entredicho la idoneidad de reglas generales predeterminadas.

A modo de ejemplo sistematizador Hart (2002: 10) establece, no sin reservas, una posible delimitación general de los dos tipos de infraestructuras, identificando las prisiones y escuelas dentro de la categoría que permite definir fácilmente los indicadores de calidad de la construcción pero no los del servicio, mientras que los hospitales se encuadrarían en segundo tipo. Esta opinión, sin embargo, podría contrastar con la postura ya examinada de Crocker y Masten (1996) que consideraban las infraestructuras sanitarias como altamente incompletas por su complejidad e imprevisibilidad, aconsejando su provisión directa por el sector público.

## 5. EL PROBLEMA DE LA INFORMACIÓN ASIMÉTRICA.

Por último, una luz diferente alumbra la aproximación conceptual a la provisión de bienes y servicios desde el trabajo de Bentz, Grout y Halonen (2002) en tanto que se huye del marco teórico de los contratos incompletos presente en la mayoría de las aportaciones anteriores para sugerir un escenario de “contratos completos” donde las ineficiencias provienen, no ya de las incertidumbres e imprevisibilidad de la relación a largo plazo, sino de las consecuencias derivadas de la información asimétrica y la no observabilidad de los esfuerzos.

Se asume que el constructor de una infraestructura, por ejemplo una escuela, puede realizar inversiones que incrementen la eficiencia del servicio que vaya a operarse, y que tal eficiencia es solamente observable por el operador pero no por la Administración contratante. Si la provisión se conduce a través de un esquema de *public-private partnerships*, existirá un único contrato con un sujeto privado que diseñará y construirá el edificio y operará el servicio bajo unos parámetros de calidad y eficiencia determinados. La propia relación inducirá a que el concesionario revele los niveles de eficiencia alcanzados en su prestación al Estado, y tal condición le incentivará a una mayor inversión eficiente en la fase de construcción. Es decir, con la mecánica de un esquema concesional el Estado consigue que el sujeto privado revele fehacientemente su nivel de eficiencia en la prestación y con ello, que aumente la inversión eficiente en la infraestructura.

La provisión convencional, sin embargo, no consigue este efecto dado que los contratos de construcción y operación se formalizan con sujetos distintos y la incentivación de una inversión eficiente en la construcción supondrá un coste adicional para el Estado. Por otro lado, la provisión convencional el Estado sólo compensará al constructor por las inversiones eficientes que se produzcan realmente, mientras que en una concesión deberá compensar siempre que el nivel de eficiencia del servicio sea mayor, lo cual puede deberse no sólo a las inversiones en la calidad de la infraestructura sino también a otras razones de índole natural. La conclusión de los autores es que en un escenario de provisión tradicional pública el coste de compensación o incentivación de inversiones en eficiencia es mayor pero menos frecuente, mientras que en un modelo concesional acontecerá con más frecuencia pero en menor grado.



## TERCERA PARTE.- LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN EL DERECHO EUROPEO Y ESPAÑOL: UNA VALORACIÓN CRÍTICA A LA LUZ DE SUS FUNDAMENTOS

### CAPITULO SEXTO - EL MARCO EUROPEO DE REGULACIÓN

#### I. EL CONCEPTO DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN EL DERECHO COMUNITARIO.

##### 1. PLANTEAMIENTO GENERAL.

Las limitaciones presupuestarias que enfrentan las distintas Administraciones públicas en el ámbito de la Unión Europea (en adelante UE) han determinado el acercamiento al sector privado a fin de complementar los recursos necesarios para acometer los grandes proyectos de inversión pública. En un escenario caracterizado por la confluencia de una creciente demanda social de infraestructuras en combinación con limitaciones presupuestarias y resistencia pública al aumento impositivo se ha ido imponiendo el recurso a modelos alternativos de financiación que permitieran acompañar las necesidades públicas de inversión con las restricciones propias del modelo económico de estabilidad presupuestaria que se ha impuesto en el espacio común europeo.

Como señalan Cruz Ferrer y Onega Carrión (2001: 471) respecto de las infraestructuras de transporte “el resultado más claro de estos cambios es el incremento de la cuota de mercado del sector privado (...). Esta tendencia se mantendrá mientras la demanda de estos servicios crezca más rápido que la capacidad de los Gobiernos para generar los fondos suficientes para financiarlos. La participación privada es en muchos países una necesidad: los

Gobiernos no pueden permitirse seguir siendo los únicos operadores e inversores en infraestructuras de transporte”.

Abundando en esta idea Minguez Prieto (2000: 488-489) apunta que “el problema que se lleva viendo en los últimos años es cómo incrementar la atracción de capitales privados para que financien infraestructuras públicas y, especialmente, en un momento donde los Estados, por obligaciones resultantes del modelo económico al que se han vinculado, como sería el caso particular de nuestro país al ser miembro de la UE, no pueden mantener déficit público, pasando éstos a constituir una cuestión proscrita e imposible de asumir para cumplir con los cánones de esas nuevas órbitas político-económicas”.

Paralelamente, se ha iniciado un proceso de revisión del papel del Estado en la actividad económica que se justifica en atraer el potencial del sector privado integrando su experiencia, disciplinas de mercado y habilidades e incentivos para actuar con el sector público, habilitando a éste para crear capital fijo en las condiciones de máxima eficiencia. El desarrollo de los esquemas de colaboración forma parte, en este sentido, de la evolución más general del papel del Estado en el ámbito económico, al pasar de operador directo a regulador y controlador así como contribuir en última instancia a la reducción de la intervención del Estado en la economía. En tal sentido, las reformas van más allá de la simple búsqueda de la eficiencia y obedecen a un verdadero cambio en la concepción del papel sector público Cruz Ferrer y Onega Carrión (2001: 471).

De acuerdo con lo anterior, el recurso a la colaboración con el sector privado para acometer los grandes proyectos de inversión pública se presenta como una necesidad impulsada incluso desde las instancias comunitarias. A raíz de la proliferación de esquemas cada vez más complejos de financiación privada de infraestructuras, especialmente en Reino Unido donde se inició un rápido desarrollo de proyectos surgidos en el seno de la *PFI*, especialmente las fórmulas del tipo *DBFO* y *Joint Ventures*, la Comisión Europea advirtió la

necesidad de fomentar estas fórmulas, en estado aún incipiente a nivel europeo, a la generalidad de los países de la UE y canalizó su interés por el fenómeno creciente de la colaboración público-privada a través de diversos documentos de referencia para la práctica de estos proyectos en el espacio comunitario auspiciando decididamente su impulso por los diferentes países como un adecuado recuso de financiación para el futuro inmediato<sup>196</sup>.

Aunque la colaboración público-privada ha crecido significativamente en número e importancia entre los países miembros de la UE y las propias instancias comunitarias han empezado a prestar atención a su problemática, aún existe mucha confusión acerca de la forma de regular este fenómeno. Las políticas de la UE se han centrado prioritariamente en la creación de un mercado abierto en libre competencia y la tradicional colaboración de compañías privadas en la gestión de lo público ha sido vista más como una amenaza para el mercado único europeo que como un principio sobre el que asentarse (Teisman y Klijn, 2000: 165).

La creación del mercado único pretende la introducción de la competencia entre las empresas privadas y ello significa eliminar en lo posible los reductos monopolísticos en manos públicas y potenciar su privatización material, entendiendo probada la ineficiencia del sector público y los elevados riesgos de corrupción en sus relaciones con el sector privado. De ahí que la normativa comunitaria sobre contratación pública regule esencialmente la

---

<sup>196</sup> Como señaló el Comité Económico y Social Europeo en su Dictamen sobre el tema "El refuerzo del derecho de concesiones y de contratos de asociación entre los sectores público y privado (APP)" de 19 de octubre de 2000 – CES 1192/2000-: *"Europa tiene ante sí un enorme desafío, tanto a corto plazo (la necesidad de determinadas infraestructuras) como a medio y largo plazo (el mantenimiento de la competitividad y la capacidad exportadora de las empresas europeas). El recurso a las APP puede permitir resolver el problema de financiación que plantea el carácter limitado de los recursos públicos. Actualmente, y en comparación con terceros países, Europa sigue empleando poco este instrumento. Por ello, Europa debería esforzarse con especial ahínco por aprender de las experiencias de otros países en este campo. En particular, habría que analizar las repercusiones para el consumidor. A pesar de las solicitudes reiteradas de la Comisión a los Estados miembros en favor de un verdadero recurso a los contratos de APP, se observa a veces una disminución de éstos en determinados proyectos (enlace Barcelona-Perpiñán) o proyectos en los que el sector privado está completamente excluido, como el enlace Lyon-Turín, aun pudiendo aportar soluciones innovadoras o alternativas"*.

transparencia y la concurrencia en los procesos de contratación y cualquier relación público-privada se someta a los principios generales del Tratado de Roma como la no discriminación, igualdad de tratamiento, transparencia, reconocimiento mutuo y proporcionalidad (Clark y Norris, 1999).

La rigidez de los procedimientos de contratación, en búsqueda de una apertura máxima a la concurrencia competitiva y prefijando taxativamente los objetivos de la relación contractual y los medios necesarios para alcanzarlos, no facilitaron una concepción colaborativa de las relaciones contractuales al limitar la libertad del sector privado para implementar innovación y calidad y cercenar el flujo de información necesario en tales procesos<sup>197</sup>. Por ello, numerosa doctrina considera que el desarrollo de la colaboración público-privada en Europa se consolidó muy a pesar de los procedimientos de contratación comunitarios (Cowie, 1996; Collin, 1998; Teisman, 1999).

Como señalan Teisman y Klijn (2000: 167), mientras las políticas comunitarias se orientan hacia la diferenciación entre el sector público contratante y los sujetos privados licitantes las tendencias sociales abogaban por la cooperación y la colaboración en el dominio privado así como público-privado. La cuestión de cómo solucionar estas tendencias opuestas está aún en la agenda de la UE. Todo ello demuestra una clara tensión entre las políticas sobre procedimientos de contratación comunitarios y el reciente interés por la colaboración público-privada.

Teniendo en cuenta lo anterior, una adecuada valoración sobre las aportaciones comunitarias en la materia debe tener en cuenta la vocación armonizadora con que nacen, de manera que su contenido se interprete en el contexto de homogeneización del tratamiento de determinadas prácticas en los distintos países. En tal sentido las instancias comunitarias únicamente

---

<sup>197</sup> Desde que es posible aplicar un nuevo procedimiento de «diálogo competitivo», en la adjudicación de contratos particularmente complejos estas diferencias se va paulatinamente mitigando. Se refiere a aquellos en los que el organismo adjudicador no sea objetivamente capaz de definir los medios técnicos que pueden responder a sus necesidades y objetivos, así como en los casos en los que el organismo adjudicador no sea objetivamente capaz de establecer la organización jurídica o financiera.

vinieron a reconocer una realidad compleja que ya estaba teniendo lugar en el espacio europeo para dotar a los países miembros de criterios uniformes de actuación en lo referente a la regulación sobre adjudicación de contratos y concesiones así como a su registro contable de acuerdo a las normas comunitarias y ofrecer referencias orientativas sobre la implementación de las fórmulas más habituales en la práctica Cavallier (1998: 48)<sup>198</sup>.

Sin embargo, hubo una renuncia expresa a establecer una regulación específica sobre colaboración y ni tan siquiera se abordó una delimitación conceptual de la figura, sino solamente ciertos rasgos comúnmente presentes en la mayoría de sus manifestaciones.

## 2. EL LIBRO VERDE SOBRE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA Y NORMATIVA COMUNITARIA SOBRE CONTRATOS PÚBLICOS Y CONCESIONES.

La primera reflexión comunitaria sobre la colaboración público-privada (en la terminología comunitaria CPP) tuvo su origen en las Comunicaciones de la Comisión Europea relativas a los proyectos de la red transeuropea de transporte<sup>199</sup> en las que se plantea abiertamente la conveniencia de utilizar las distintas fórmulas de asociación entre los sectores público y privado, desde la ya consolidada concesión hasta otras nuevas formas de asociación basadas en el reparto de riesgos y beneficios, como una opción válida para la

---

<sup>198</sup> Esa nueva realidad la pone de manifiesto Cavallier (1998: 48) al señalar que “un nuevo equilibrio y nuevos compromisos entre el mercado y las políticas públicas deben ser explorados y requieren una profunda reflexión teniendo en cuenta que las relaciones entre los sectores público y privado se organizan en muy diversas formas en los distintos países de acuerdo a sus particulares prácticas en diferentes sectores como el urbanismo, el desarrollo local, el transporte público o los servicios comerciales”, y continúa el propio autor, “obviamente si estas relaciones público-privadas quieren ser adoptadas se necesita un amplio abanico de esquemas institucionales basados en un modelo caso por caso que recoja las diferentes situaciones que pueden involucrar a los diferentes participantes” Cavallier (1998: 17).

<sup>199</sup> Comunicación de la Comisión relativa a “Las asociaciones entre los sectores público y privado en los proyectos de la red transeuropea de transporte” -COM (97) 453- y Comunicación de la Comisión relativa al “Desarrollo de la red transeuropea de transporte: financiación innovadoras e Interoperabilidad del telepeaje” -COM (2003) 132-



financiación de las infraestructuras de transporte en Europa hoy día, y sentar las bases para la creación de un marco de fomento y buenas prácticas.

A raíz del Libro Verde publicado por la Comisión Europea en noviembre de 1996<sup>200</sup> el Comité Económico y Social Europeo adoptó el 28 de mayo de 1997 un Dictamen – CES 607/1997- en el que pedía a la Comisión que revisara su planteamiento en materia de concesiones con el fin de darles un mayor grado de autonomía frente a la definición del contrato de obras<sup>201</sup>.

Siguiendo tal petición, la Comunicación de la Comisión relativa a “Las asociaciones entre los sectores público y privado en los proyectos de la red transeuropea de transporte” incorporó las conclusiones del Informe del Grupo de Alto Nivel, llamado “Informe Kinnock” por su presidente, “La financiación de proyectos de la red transeuropea de transporte mediante asociaciones público-privadas”. Posteriormente se añadió la Comunicación de la Comisión relativa al “Desarrollo de la red transeuropea de transporte: Financiaciones innovadoras e Interoperabilidad del telepeaje” -COM (2003) 132- , que incorporaba, a su vez, las conclusiones del Informe del Grupo de Alto Nivel presidido por el comisario Van Miert<sup>202</sup>.

---

<sup>200</sup> “Libro Verde, La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro”, -COM (96) 583 final -.

<sup>201</sup> Señala el propio Dictamen: “*En diversos países se desarrollan métodos de financiación privada de las obras públicas. Se trata de contratos a largo plazo que implican una aportación de financiación privada, lo cual los diferencia claramente de los contratos públicos. Debido al ahorro que entrañan para el erario público de los diversos Estados, estos métodos merecen difusión y promoción. Es importante al respecto que la Comisión, en una Comunicación interpretativa, proteja el carácter negociado de estos contratos garantizando al mismo tiempo su necesaria publicidad*”.

*“8.3.6. [El CES] Expresa el deseo de que la actividad de las concesiones sea objeto de un régimen específico, particularmente para las Redes Transeuropeas”.*

*“8.3.7. [El CES] Propone que la Comisión Europea favorezca la promoción de los nuevos métodos contractuales basados en la financiación privada de las infraestructuras públicas”.*

El Dictamen en su integridad puede consultarse en:

[http://eescopinions.eesc.europa.eu/EESCopinionDocument.aspx?identifier=archives.ces\ancienes\\_sections\ind\ind599\ces607-1997\\_ac.doc&language=ES](http://eescopinions.eesc.europa.eu/EESCopinionDocument.aspx?identifier=archives.ces\ancienes_sections\ind\ind599\ces607-1997_ac.doc&language=ES).

<sup>202</sup> Comunicación de la Comisión relativa al “Desarrollo de la red transeuropea de transporte: Financiaciones innovadoras e Interoperabilidad del telepeaje” -COM (2003) 132-.

El objetivo primordial era evitar la dispersión y heterogeneidad del tratamiento de las concesiones y otras formas de asociación público-privada en los distintos países de la UE, articulando un marco armonizado de definición y regulación que permitiera la igualdad de tratamiento a nivel nacional<sup>203</sup>.

Sobre esta base se publica el *Libro Verde sobre colaboración público-privada y normativa comunitaria sobre contratos públicos y concesiones de 30 de abril de 2004* (en adelante el Libro Verde)<sup>204</sup> con la finalidad de poner en marcha un debate sobre la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones al fenómeno de la colaboración público-privada<sup>205</sup> y en particular, tras hacerse eco de la rápida expansión de dicho fenómeno en la mayor parte de los países, presentar el alcance de las normas comunitarias aplicables a la etapa de selección del socio privado y a la etapa posterior, con el objetivo de detectar posibles incertidumbres y analizar si el

<sup>203</sup> Como destaca la propia Comunicación -COM (2003) 132-: “Si bien existen presiones presupuestarias que limitan las posibilidades de financiación pública, existen medios para aumentar el efecto palanca de los fondos públicos y atraer capitales privados; uno de ellos es la concesión, método que ha resultado y seguirá resultando muy eficaz. (...) Las Asociaciones entre el sector público y el privado (APP) representan hoy en día una opción válida para la financiación de infraestructuras de transporte en Europa, pero deben enfrentarse a numerosos obstáculos de carácter económico, jurídico y a veces político. La Comisión considera que es conveniente difundir prácticas correctas y, a medio plazo, poner al día el marco reglamentario vigente con el fin de que los regímenes de las APP sean aún más atractivos, especialmente para los inversores privados. El texto completo puede verse en:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0132:FIN:ES:F>.

<sup>204</sup> Libro Verde sobre colaboración público-privada y normativa comunitaria sobre contratos públicos y concesiones COM (2004) 327 de 30 de abril.

<sup>205</sup> Apartado 17 Libro Verde. “El objetivo del Libro Verde es poner en marcha un debate sobre la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones al fenómeno de la CPP. El debate, una vez lanzado, se centra, pues, en las normas que han de aplicarse cuando se opta por confiar una misión o tarea a un tercero. Se inicia con anterioridad a la selección económica y organizativa realizada por una autoridad local o nacional, por lo que no puede dar pie a pensar que pretende emitir una opinión general sobre la decisión de externalizar o no la gestión de los servicios públicos, puesto que dicha decisión compete a las autoridades públicas. El Derecho comunitario de la contratación pública y las concesiones es neutral en cuanto a la decisión que han de tomar los Estados miembros de prestar un servicio público a través de sus propios medios o de confiárselo a un tercero”.

marco comunitario es adecuado para los retos y características específicos de este tipo de operaciones<sup>206</sup>.

Reconociendo que no existe una definición de colaboración público-privada en el ámbito comunitario, se aproxima a un concepto general al señalar que *“se refiere a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio”* (apartado 1 Libro Verde). Su indeterminación y ambigüedad han sido puestas de manifiesto por la doctrina en el sentido de que bien podría aplicarse a la mayor parte de los contratos públicos (Míguez Macho, 2008: 188; González García, 2006: 7 y ss, Chinchilla Marín, 2006: 624).

En un afán de concreción ciertamente necesario, el propio documento ofrece los elementos que suelen caracterizar estas operaciones:

- La duración relativamente larga de la relación.
- El modo de financiación del proyecto, en parte garantizado por el sector privado.
- El importante papel del operador económico, que participa en diferentes etapas del proyecto (diseño, realización, ejecución y financiación).
- El reparto de los riesgos entre el socio público y el privado<sup>207</sup>.

---

<sup>206</sup> Apartado 18 Libro Verde: *“Más concretamente, este Libro Verde tiene por finalidad presentar el alcance de las normas comunitarias aplicables a la etapa de selección del socio privado y a la etapa posterior, con el objetivo de detectar posibles incertidumbres y analizar si el marco comunitario es adecuado para los retos y características específicos de las operaciones de CPP. Se esbozarán ideas de reflexión para una posible intervención comunitaria, puesto que, al ser el objetivo del Libro Verde poner en marcha una consulta, no se ha predeterminado ninguna opción de intervención comunitaria. Los instrumentos disponibles para mejorar la apertura de las operaciones de CPP a la competencia en un entorno jurídico claro son muy variados: instrumentos legislativos, comunicaciones interpretativas, acciones destinadas a mejorar la coordinación de las prácticas nacionales o intercambio de mejores prácticas entre Estados miembros”*.

<sup>207</sup> Apartado 2 del Libro Verde: *Las operaciones de Colaboración Público-Privada suelen caracterizarse por los siguientes elementos:*

De esta aproximación a las características básicas que informan los esquemas de colaboración podemos advertir que, a pesar de su evidente generalidad, trata de incorporar alguno de los elementos que la doctrina ha señalado como configuradores del concepto primigenio de colaboración y que, como ya se ha analizado anteriormente en este trabajo, hacen referencia a la existencia de una relación a largo plazo entre un poder público y el sector privado en la que este último asume el protagonismo en la materialización de las prestaciones en que aquella consista bajo una articulación de corte colaborativo en que ambas partes compartan los riesgos y beneficios asegurando la eficiencia en la consecución de los objetivos públicos y el respeto al interés general (Van Ham y Koppenjam, 2001: 598; Greve y Ejersbo, 2002: 3).

Asimismo, asume como razones fundamentales de la aparición del fenómeno de la colaboración público-privada tres aspectos que igualmente han sido acogidos por gran parte de la doctrina como esenciales en la configuración conceptual de la colaboración<sup>208</sup>:

- 
- *La duración relativamente larga de la relación, que implica la cooperación entre el socio público y el privado en diferentes aspectos del proyecto que se va a realizar.*
  - *El modo de financiación del proyecto, en parte garantizado por el sector privado, en ocasiones a través de una compleja organización entre diversos participantes. No obstante, la financiación privada puede completarse con financiación pública, que puede llegar a ser muy elevada.*
  - *El importante papel del operador económico, que participa en diferentes etapas del proyecto (diseño, realización, ejecución y financiación). El socio público se concentra esencialmente en definir los objetivos que han de alcanzarse en materia de interés público, calidad de los servicios propuestos y política de precios, al tiempo que garantiza el control del cumplimiento de dichos objetivos.*
  - *El reparto de los riesgos entre el socio público y el privado, al que se le transfieren riesgos que habitualmente soporta el sector público. No obstante, las operaciones de CPP no implican necesariamente que el socio privado asuma todos los riesgos derivados de la operación, ni siquiera la mayor parte de ellos. El reparto preciso de los riesgos se realiza caso por caso, en función de las capacidades respectivas de las partes en cuestión para evaluarlos, controlarlos y gestionarlos”.*

<sup>208</sup> Recuérdense a este respecto los principios fundacionales de la PFI inglesa (HM Treasury UK, 1994):

- ☐ El sector privado debe asumir riesgo sin garantía alguna por parte de los contribuyentes contra las posibles pérdidas
- ☐ La eficiencia en términos de coste (*Value for Money*) debe demostrarse para cualquier gasto a realizar por el sector público.

1. Por un lado el recurso a la financiación privada como medio para acometer las inversiones de capital en infraestructuras en el marco de restricciones al déficit público y la deuda impuestas por los objetivos de estabilidad presupuestaria.
2. En segundo término, la introducción de una mayor eficiencia de costes en la acción pública a través del aprovechamiento de las capacidades de innovación y gestión propias del sector privado.
3. Por último, la reinversión del papel que el sector público debe desempeñar en la economía mediante el abandono de su intervención directa en la fijación de las condiciones de provisión de las infraestructuras y prestación de los servicios en aras de un rol regulador de los objetivos a conseguir en la acción pública y de garantía de los intereses generales<sup>209</sup>.

Y asumiendo que tales esquemas pueden plantear cuestiones particulares en cuanto a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratos públicos y concesiones, el Libro Verde pretende contribuir a determinar las normas que le serán aplicables, esto es, determinar la consideración de las fórmulas de colaboración público-privada desde el punto de vista del Derecho de la Unión Europea, aunque carezca de fuerza normativa para éste por su propia naturaleza (Míguez Macho, 2008:169).

El principio general consagrado en el Libro Verde es que todo acto en virtud del cual una entidad pública confía la prestación de una actividad económica a un tercero debe ser examinado en función de los principios y

---

□ la financiación privada sería la principal fuente de crecimiento para la inversión pública y el Tesoro no aprobaría ningún proyecto de inversión sin haber explorado las opciones de financiación privada.

<sup>209</sup> En su nota 3 el Libro Verde señala: *"Diferentes factores explican el recurso cada vez más frecuente a las operaciones de CPP. Teniendo en cuenta las restricciones presupuestarias que han de afrontar los Estados miembros, este fenómeno responde a la necesidad que tiene el sector público de recibir financiación privada. Otra explicación radicaría en el deseo de aprovechar en mayor medida los conocimientos y métodos de funcionamiento del sector privado en el marco de la vida pública. Por otro lado, el desarrollo de la CPP forma parte de la evolución más general del papel del Estado en el ámbito económico, al pasar de operador directo a organizador, regulador y controlador"*.

normas del Tratado de la Comunidad Europea (actualmente Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea)<sup>210</sup>, especialmente en lo que se refiere a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios, incluyendo los principios de transparencia, igualdad de trato, proporcionalidad y reconocimiento mutuo<sup>211</sup>.

Asimismo, en los casos comprendidos en el ámbito de las Directivas sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos<sup>212</sup> se aplican disposiciones detalladas que tienen por objeto

---

<sup>210</sup> Desde 1 de diciembre de 2009, fecha de entrada en vigor del Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea se sustituye por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: [http://europa.eu/abc/treaties/index\\_es.htm](http://europa.eu/abc/treaties/index_es.htm)

<sup>211</sup> En el apartado 1.2 (8) del Libro Verde se establece lo siguiente: *“En el presente Libro Verde se debate el fenómeno de la CPP respecto al Derecho comunitario de la contratación pública y las concesiones. En el Derecho comunitario no se prevé ningún régimen específico que englobe el fenómeno de la CPP, únicamente se establece que, tanto si es contractual como unilateral, todo acto en virtud del cual una entidad pública confía la prestación de una actividad económica a un tercero debe ser examinado en función de los principios y normas del Tratado, especialmente en lo que se refiere a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios (artículos 43 y 49 del Tratado de la Comunidad Europea). Estos principios incluyen los principios de transparencia, igualdad de trato, proporcionalidad y reconocimiento mutuo. Asimismo, en los casos que entran en el ámbito de las Directivas sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos se aplican disposiciones detalladas. Estas Directivas tienen por objeto «proteger los intereses de los operadores económicos establecidos en un Estado miembro que deseen ofrecer bienes o servicios a las entidades adjudicadoras establecidas en otro Estado miembro y, con dicho fin, excluir tanto el riesgo de que se dé preferencia a los licitadores nacionales en cualquier adjudicación de contratos como la posibilidad de que una entidad adjudicadora pública se guíe por consideraciones que no tengan carácter económico»]. No obstante, la aplicación de las disposiciones detalladas de dichas Directivas está supeditada a determinadas hipótesis y se refiere, en particular, a la etapa de adjudicación de los contratos.*

<sup>212</sup> Es decir, las Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE, 93/37/CEE y 93/38/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación, respectivamente, de los contratos públicos de servicios, de contratos públicos de suministro, de los contratos públicos de obras y de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones. Dichas Directivas han sido sustituidas por la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, relativa a la coordinación de procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministro y servicios y la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004 relativa a la coordinación de procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales. Además, en determinados sectores y, en particular, en el sector de los transportes, la puesta en marcha de una CPP puede estar sujeta a una legislación sectorial específica: Véase el Reglamento (CEE) No 2408/92 del Consejo sobre acceso de los operadores aéreos comunitarios a las rutas aéreas intracomunitarias, Reglamento (CEE) No 3577/92 que aplica el principio de libertad de prestación de servicios de transporte marítimo entre los estados miembros, Reglamento (CEE)

«proteger los intereses de los operadores económicos establecidos en un Estado miembro que deseen ofrecer bienes o servicios a las entidades adjudicadoras establecidas en otro Estado miembro y, con dicho fin, excluir tanto el riesgo de que se dé preferencia a los licitadores nacionales en cualquier adjudicación de contratos como la posibilidad de que una entidad adjudicadora pública se guíe por consideraciones que no tengan carácter económico<sup>213</sup>.

La normativa aplicable a la selección del socio privado, por tanto, es objeto de coordinación a diferentes niveles de intensidad en el ámbito comunitario respetando en todo caso el mínimo impuesto por los principios derivados de los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Así, los contratos definidos como contratos públicos de obras o servicios, considerados como prioritarios a estos efectos, se regirán por las disposiciones de las Directivas<sup>214</sup>, mientras que las concesiones sobre obras y servicios no prioritarios se verán únicamente afectadas por dispersas previsiones de la normativa secundaria<sup>215</sup>.

A estos efectos se define la relación contractual de carácter oneroso formalizada por escrito entre un órgano de contratación y un operador cuyo

---

No 1191/69 sobre actuaciones de los estados miembros concernientes a las obligaciones inherentes al concepto de servicio público de transporte ferroviario, por carretera y canales navegables, modificado por el Reglamento (CEE) No 1893/91, y la propuesta de regulación del Parlamento Europeo y el Consejo acerca de actuaciones de los estados miembros concernientes a los requisitos de los servicios públicos y los requisitos para la adjudicación de contratos de servicio público en transporte de pasajeros por ferrocarril, carretera y canales navegables (COM(2002) 107 final).

<sup>213</sup> Casos C-285/99 y C-286/99, *Impresa Lombardini v. ANAS*, de 27 de Noviembre de 2001, párrafo 36 y, a esos efectos el caso C-380/98, *University of Cambridge*, ECR I-8035 y caso C-19/00, *SIAC construction*, ECR I-7725.

<sup>214</sup> Aquellos incluidos en el Anexo IA de la Directiva 92/50/EEC o en el Anexo XVIA de la Directiva 93/38/EEC.

<sup>215</sup> Hay pocas disposiciones del Derecho derivado que coordinen los procedimientos de adjudicación de contratos considerados concesiones en Derecho comunitario. En lo que se refiere a las concesiones de obras, sólo se aplican determinadas obligaciones en materia de publicidad, como la convocatoria previa obligatoria de los operadores interesados o la obligación relativa al plazo mínimo de recepción de las candidaturas. El modo en que se selecciona, a continuación, el socio privado lo eligen libremente los organismos adjudicadores, que, no obstante, han de asegurarse de que se respeten plenamente los principios y normas que se derivan del Tratado (apartado 28 del Libro Verde).

objeto es la ejecución de una obra o la prestación de un servicio como “contrato público de obras” o “contrato público de servicios”. La concesión se define de la misma manera excepto por el hecho de la contraprestación por la obra o el servicio consiste únicamente en el derecho a la explotación de la obra o el servicio o, de dicho derecho acompañado de un precio<sup>216</sup>. Ello tiene como objeto evitar que se eluda la aplicación de las Directivas en la práctica teniendo en cuenta las posibles definiciones que pudieran incluirse en la normativa nacional de los Estados miembros.

Pues bien, calificada la relación como contrato público, si la autoridad pública es un poder adjudicador que actúa en el ámbito de las Directivas clásicas normalmente debe recurrir al procedimiento abierto o restringido para seleccionar a su socio privado<sup>217</sup>. Con carácter excepcional y en determinadas condiciones, a veces es posible recurrir al procedimiento negociado. En este sentido, la Comisión quiere recordar que la excepción prevista en el apartado 2 del artículo 7 de la Directiva 93/37/CEE, en el que se contempla el recurso al procedimiento negociado cuando el contrato se refiera «a obras cuya naturaleza o riesgos no permitan determinar previamente el precio global», tiene un ámbito de aplicación limitado<sup>218</sup>.

Asimismo, a partir de la adopción de la Directiva 2004/18/CE, es posible aplicar un nuevo procedimiento, llamado de «diálogo competitivo», en la adjudicación de contratos particularmente complejos. En los casos en los que el organismo adjudicador no sea objetivamente capaz de definir los medios

---

<sup>216</sup> En este sentido véase la Comunicación Interpretativa de la Comisión de abril de 2000 sobre aplicación de la normativa comunitaria a las concesiones (*Interpretative Communication on concessions under Community law, OJ C 121, 29 april 2000*) en la que se definen los rasgos esenciales de la concesión en el ámbito comunitario de acuerdo a los principios del Tratado y la normativa secundaria así como las obligaciones inherentes a la selección por las autoridades públicas del operador privado al que se adjudicará la concesión.

<sup>217</sup> Así se contempla en el apartado 24 del Libro Verde.

<sup>218</sup> Dicha excepción sólo contempla las situaciones excepcionales en las que haya incertidumbre, a priori, en cuanto a la naturaleza o la duración de las obras que han de efectuarse, pero no incluye las situaciones en las que la incertidumbre resulte de otras causas, como la dificultad de fijar el precio de antemano debido a la complejidad de la estructura jurídica y financiera que se ha organizado.



técnicos que pueden responder a sus necesidades y objetivos, y en los casos en los que el organismo adjudicador no sea objetivamente capaz de establecer la organización jurídica o financiera, o ambas, de un proyecto, se abrirá el procedimiento de diálogo competitivo<sup>219</sup>.

Este nuevo procedimiento permitirá que los organismos adjudicadores entablen un diálogo con los candidatos con el objetivo de encontrar soluciones capaces de responder a dichas necesidades. Al término de este diálogo, se invitará a los candidatos a presentar sus ofertas definitivas con arreglo a la solución o las soluciones identificadas en el transcurso del diálogo. Los organismos adjudicadores evaluarán las ofertas en función de unos criterios de adjudicación preestablecidos<sup>220</sup>.

---

<sup>219</sup> A efectos aclarativos la Comisión Europea ha publicado una Nota Explicativa sobre el procedimiento del Diálogo Competitivo disponible en:  
[http://ec.europa.eu/\\_market/publicprocurement/docs/](http://ec.europa.eu/_market/publicprocurement/docs/).

No obstante, dado que tanto la Directiva como la Nota Explicativa contienen escasas referencias a la aplicación práctica de este nuevo procedimiento, existe una considerable incertidumbre tanto para las autoridades contratantes como para los licitadores sobre la aplicación en la práctica.

<sup>220</sup> A efectos de información complementaria sobre este procedimiento cabe consultar "Carta del Diálogo Competitivo" firmada en París el 18 Enero de 2007. Los Firmantes de la Carta se comprometen a cumplir los principios y recomendaciones de la misma, cada vez que emprendan un procedimiento de diálogo competitivo. Así mismo, manifiestan su voluntad de participar en el retorno de las experiencias derivadas de su aplicación, incluido el seguimiento de la ejecución del contrato. Los firmantes han establecido una serie de principios básicos a seguir en la aplicación de este procedimiento, que se resumen en los siguientes:

- a. Desarrollar un procedimiento transparente y respetuoso con la igualdad de trato entre los candidatos.
- b. Asegurar que el pilotaje y la capacidad de decidir rápidamente están bien organizados de forma que permitan un diálogo responsable, fructífero y sin dilaciones excesivas.
- c. Precisar las reglas del juego para el desarrollo del diálogo competitivo, de manera que se permita a los candidatos controlar los objetivos de su participación en el diálogo con una transparencia suficiente.
- d. Sobre la base de las especificaciones funcionales y/o elementos del proyecto, precisar los temas sobre los que, a través del diálogo competitivo, la persona pública espera, prioritariamente, las aportaciones de los candidatos.
- e. Redactar el programa funcional en términos de resultados a alcanzar y exigencias a respetar, precisando los elementos que pueden ser o no modificados, en el curso del diálogo competitivo.
- f. Velar por un reparto equitativo y optimizado de los riesgos entre la persona pública y el privado, en función de su capacidad respectiva a la hora de cubrirlos y definir por adelantado las modalidades de adaptación del contrato.

### 3. TIPOLOGÍA DE LAS FORMAS DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA.

A efectos de análisis y aplicación de la normativa sobre contratación pública, el Libro Verde propone establecer la distinción entre las operaciones de colaboración público-privada de tipo puramente contractual en las que la relación entre los sectores público y privado tiene un carácter exclusivamente convencional teniendo el contrato como fuente de derechos y obligaciones de las partes, y las operaciones de tipo institucionalizado que implican la cooperación entre los sectores público y privado mediante la creación de una entidad diferente a los participantes<sup>221</sup>.

Conviene aclarar que esta distinción no tiene en cuenta las calificaciones jurídicas del Derecho nacional y en ningún caso preestablece la calificación en Derecho comunitario de estos tipos de fórmulas o contratos (apartado 24 del Libro Verde). El único objetivo del análisis siguiente es, pues, distinguir entre sí las fórmulas habitualmente consideradas colaboración público-privada<sup>222</sup> a fin de contribuir, más adelante, a determinar las normas del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones que conviene aplicar, en particular respecto a la selección del socio privado (apartado 20 del Libro Verde). Asimismo, hay que tener en cuenta que la calificación dada tanto por el Derecho nacional como por las partes no tiene ninguna incidencia en la calificación jurídica de estos contratos a efectos de la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones.

---

g. Respetar la confidencialidad de las proposiciones.

<sup>221</sup> Según el apartado 20. Del Libro Verde: "A efectos del análisis del presente Libro Verde, se propone establecer la siguiente distinción: 1. operaciones de CPP de tipo puramente contractual, en las que la colaboración entre los sectores público y privado se basa en vínculos exclusivamente convencionales, y 2. operaciones de CPP de tipo institucionalizado, que implican la cooperación entre los sectores público y privado en el seno de una entidad diferente (...)"

<sup>222</sup> Esta distinción se basa en la constatación de que las diversas prácticas de CPP que están en marcha en los Estados miembros se pueden vincular a dos grandes modelos, cada uno de los cuales plantea cuestiones particulares en cuanto a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones (apartado 20. del Libro Verde).

## A. La colaboración público privada contractual.

La expresión CPP de tipo puramente contractual se refiere a una colaboración basada únicamente en vínculos contractuales entre las diferentes partes. Engloba combinaciones diversas que atribuyen una o varias tareas, de mayor o menor importancia, al socio privado y que incluyen habitualmente el proyecto, la financiación, la realización, la renovación o la explotación de una obra o de un servicio.

Básicamente la Comisión recoge, a modo de guía<sup>223</sup>, las principales fórmulas de colaboración público-privada de tipo contractual que se han venido desarrollando a lo largo de las últimas décadas en Estados Unidos y los principales países de la órbita anglosajona (Comisión Europea, 2003: 16-23). Diferenciándolos claramente de los esquemas de contratación tradicional u *outsourcing* representados principalmente por los modelos *Build and Transfer (BT)* o construcción de obras a precio cierto y con especificaciones técnicas predeterminadas por el Estado, se conciben los siguientes instrumentos de colaboración en el ámbito comunitario:

- *Design and Build (DB)*: construcción de activos otorgando libertad al sector privado para diseñar y definir el proceso de construcción mediante la contratación de *outputs* o resultados.
- *Lease*: Explotación por el sector privado de un activo preexistente mediante su mantenimiento y la operación de servicios de interés público a largo plazo y financiándose normalmente a través de cánones pagados por los usuarios. El privado corre con los riesgos operativos

---

<sup>223</sup> Como la propia Comisión señala en su documento *Guidelines for Successful Public-Private Partnerships* (2003: 16), "esta clasificación no tiene carácter exhaustivo sino que únicamente recoge algunas de las posibles estructuras de colaboración público-privada. Debe tenerse en cuenta que se trata de un proceso extremadamente dinámico y que las fórmulas concretas se diseñan de forma específica para cada circunstancia. Asimismo, los elementos que forman parte del diseño y la estructura de cada esquema específico de colaboración (por ejemplo, la estructura contratual, la financiación...) pueden usarse de forma combinada en cualesquiera otras fórmulas de colaboración. Por ello, no existen modelos genericos o tipos para la colaboración ni la Comisión pretende, por ello, hacer ninguna recomendación acerca del esquema más adecuado en cada caso individual".

[http://europa.eu.int/comm/regional\\_policy/sources/docgener/guides/PPPguide.htm](http://europa.eu.int/comm/regional_policy/sources/docgener/guides/PPPguide.htm).

del proyecto, diferenciándose así del contrato de mantenimiento o gestión y operación (*Operation and Management o Maintenance*). En tal sentido, los beneficios del operador dependerán de su capacidad para reducir los costes operativos al tiempo que mantiene los estándares de servicio establecidos en el contrato.

- *Build, Operate and Transfer (BOT)*: El sector privado diseña, construye y explota el activo mediante el mantenimiento y la operación de los servicios, y lo transfiere al Estado al final del periodo contractual. Normalmente este esquema implica la financiación de la obra a cargo del sector público y la asunción por el privado de los riesgos de diseño, construcción y operación.
- *Concesiones*: En esta categoría se contempla, en primer término, el modelo de concesión tradicional, caracterizado según la definición del Libro Verde “por el vínculo directo que existe entre el socio privado y el usuario final: el socio privado presta un servicio a la población «en lugar de» el socio público, pero bajo el control de éste. Asimismo, se caracteriza por el modo en que se remunera al contratista, que consiste en cánones abonados por los usuarios del servicio, que se completan, en su caso, con subvenciones concedidas por los poderes públicos” (apartado 22 del Libro Verde).

Por otro lado, como variedad del sistema concesional se contempla la fórmula tipo *Design Build Finance and Operate (DBFO)* surgido de la *PFI* británica (apartado 23 del Libro Verde). Como una modalidad avanzada del esquema básico *BOT* se incluye la financiación de la obra a cargo del concesionario privado y su remuneración se establece no mediante cánones abonados directamente por los usuarios de la obra o el servicio, sino a través de pagos periódicos realizados por la Administración de manera que puede aplicarse a aquellas infraestructuras que no son autofinanciadas por los usuarios de la misma. El concesionario asumirá principalmente los riesgos de construcción, financieros y de explotación u operación (apartado 23 del Libro Verde).

La retribución de la Administración deberá tener carácter variable de forma que se respete la función de los riesgos por parte del concesionario:

1. En función del uso de la infraestructura entendiéndose que aquella sustituye a los usuarios en la realización del pago y, por tanto, la remuneración se vinculará igualmente al número de usuarios que utilicen la infraestructura.
2. De acuerdo a la puesta a disposición o calidad de determinados servicios. Es el caso de los peajes «sombra» o virtuales, utilizados en el marco de proyectos de autovías, en particular, en el Reino Unido, Portugal y España, y posteriormente adaptado al caso de las infraestructuras sociales en el ámbito educativo o sanitario a través del sistema de “pago por servicios” o “pago por disponibilidad” que vincula el pago de la Administración, no ya al mero uso de la obra pública, sino a criterios de disponibilidad y calidad en la prestación por el socio privado de determinados servicios vinculados a la infraestructura<sup>224</sup>.

En este contexto se hace mención asimismo a aquellos supuestos en los cuales la iniciativa de la colaboración parte del sector privado. En las fórmulas de este tipo, los operadores económicos formulan una propuesta detallada de proyecto, en general de construcción y de gestión de infraestructura, a instancias de la Administración<sup>225</sup>.

---

<sup>224</sup> Concretamente el apartado 23 del Libro Verde se refiere al modelo *DBFO* de la siguiente forma: “En otros tipos de organización, la tarea del socio privado consiste en realizar y gestionar una infraestructura para la administración pública (por ejemplo, un colegio, un hospital, un centro penitenciario o una infraestructura de transporte). El ejemplo más típico de este modelo es la organización de tipo *PFI* (Las siglas *PFI* corresponden a «Iniciativa de financiación privada», un programa del gobierno británico que permite modernizar las infraestructuras públicas recurriendo a la financiación privada). En este modelo, la remuneración del socio privado no adopta la forma de cánones abonados por los usuarios de la obra o el servicio, sino de pagos periódicos realizados por el socio público. Dichos pagos pueden ser fijos, pero también pueden calcularse de manera variable, en función, por ejemplo, de la disponibilidad de la obra, de los servicios correspondientes o, incluso, de la frecuentación de la obra”.

<sup>225</sup> Algunos Estados Miembros han regulado la iniciación de un procedimiento de colaboración a instancias de la iniciativa privada. Véase en Italia, la Ley Merloni (Ley 109, de

Pues bien, la tipología de colaboración público-privada recogida en el ámbito comunitario únicamente tiene efectos para la determinación de la normativa aplicable a la fase de elección del socio privado, de manera que si en el contexto de una operación de tipo puramente contractual la calificación del acto de adjudicación es de contrato público, el poder adjudicador actuará en el ámbito de las Directivas clásicas y, normalmente, deberá recurrir al procedimiento abierto o restringido para seleccionar a su socio privado<sup>226</sup>. En el caso de que se califique la relación como concesión de obras o servicios, sólo se aplican determinadas obligaciones en materia de publicidad, como la convocatoria previa obligatoria de los operadores interesados o la obligación relativa al plazo mínimo de recepción de las candidaturas.

Por último debe hacerse referencia a la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de Regiones, de 15 de noviembre de 2005, mediante la cual se pretende poner fin a la reflexión europea sobre colaboración público-privada estableciendo que no habrá nueva legislación de la Unión Europea sobre Colaboración de tipo contractual, manteniéndose las implicaciones sobre la elección del socio privado y distinguiendo su calificación como contratos públicos o concesiones<sup>227</sup>.

## **B. La colaboración público-privada institucional.**

Con arreglo al Libro Verde, las operaciones de CPP de tipo institucionalizado implican la creación de una entidad en la que participan, de manera conjunta, el socio público y el privado. Dicha entidad común tiene

---

11 de febrero de 1994, modificada el de 18 de noviembre de 1998); en España, el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955 y la Ley 13/2003, Reguladora del Contrato de Concesión de Obra Pública, de 23 de mayo de 2003; en Francia, la Ley Sapin, de 1993 (Ley 93-122 de 29 enero 1993).

<sup>226</sup> Sólo con carácter excepcional y en determinadas condiciones es posible recurrir, como hemos visto anteriormente, al procedimiento negociado o al diálogo competitivo. Así se contempla en el apartado 24 del Libro Verde.

<sup>227</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de Regiones, sobre colaboración público-privada y derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones COM (2005) de 15 de noviembre.

como misión garantizar la entrega de una obra o la prestación de un servicio de interés público y puede llevarse a cabo bien a través de la creación de una entidad en la que participan, de manera conjunta, los sectores público y privado o bien a través de la toma del control de una empresa pública existente por parte del sector privado.

En su Resolución legislativa sobre la colaboración público-privada, de 26 de octubre 2006, el Parlamento Europeo tomó nota, sin embargo, de que los operadores deseaban claridad en la aplicación de la legislación sobre contratos públicos a la creación de empresas público-privadas en relación con la adjudicación de un contrato o una concesión, e invitaba a la Comisión a formular, a la mayor brevedad, las aclaraciones pertinentes.

A tal fin, dictó la Comunicación Interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI) de 5 de febrero de 2008<sup>228</sup>, en la que se establece lo que deben ser, según la Comisión, las modalidades de aplicación de la normativa comunitaria en materia de contratos públicos y concesiones en caso de creación y explotación de CPPI. El objetivo de la Comunicación, por tanto, es reforzar la seguridad jurídica y, sobre todo, responder a las dudas frecuentemente manifestadas de que la aplicación del Derecho comunitario a la participación de socios privados en las CPPI.

En la práctica, la creación de una CPPI se traduce habitualmente:

- en la creación de una nueva empresa cuyo capital pertenece conjuntamente a la entidad adjudicadora y al socio privado – en algunos casos, a varias entidades adjudicadoras y/o a varios socios privados –, y la adjudicación de un contrato público o de una concesión a esa entidad de capital mixto, de nueva creación, o

---

<sup>228</sup> Comunicación Interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada COM (82007) 6661 de 5 de febrero de 2008.

- en la participación de un socio privado en una empresa pública existente que ejecuta contratos públicos o concesiones obtenidos anteriormente en el marco de una relación interna.

Pues bien, el hecho de que una entidad privada y una entidad adjudicadora cooperen en el marco de una entidad de capital mixto no puede justificar que la autoridad contratante no cumpla las disposiciones sobre contratos públicos y concesiones en la adjudicación de contratos públicos o concesiones a esa entidad privada o a la entidad de capital mixto. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) observó que la participación (aun minoritaria) de una empresa privada en el capital de una empresa en la que también participa la entidad adjudicadora en cuestión excluye, en cualquier caso, la posibilidad de una relación «interna» (*in-house*), a la que, en principio, no se aplica la legislación sobre contratos públicos, entre dicha entidad adjudicadora y dicha empresa<sup>229</sup>.

Independientemente de cómo se haya creado una CPPI, las disposiciones de la legislación comunitaria en materia de contratos públicos y concesiones imponen a la entidad adjudicadora la observancia de un procedimiento equitativo y transparente a la hora de seleccionar al socio privado que, en el marco de su participación en la entidad de capital mixto, realiza suministros, obras o servicios, o cuando adjudica un contrato público o una concesión a la entidad de capital mixto.

Así, cuando la misión asignada a una entidad de capital mixto es la ejecución de un contrato público enteramente cubierto por las Directivas sobre los contratos públicos, el procedimiento de selección del socio privado

---

<sup>229</sup> Según el Tribunal (asunto C-410/04, ANAV, Rec. 2006, p. I-3303, apartado 30 y ss.) lo que cuenta en lo que se refiere a la legislación sobre contratos públicos no es, sin embargo, únicamente la participación efectiva de un tercero en el capital de una empresa pública, sino la voluntad en sí de una entidad adjudicadora de abrir en el futuro el capital de una filial al sector privado. En otros términos, la adjudicación interna de un contrato público o una concesión a una empresa pública queda descartada cuando la intención es abrir el capital de ésta a las entidades privadas durante el período de ejecución de esos contratos. En cambio, según la Comisión, la simple posibilidad teórica de que una entidad privada participe en el capital de una filial de una entidad adjudicadora no pone en tela de juicio el vínculo interno entre la entidad adjudicadora y su filial.



está determinado por esas Directivas. Cuando se trata de una concesión de obras o de un contrato público parcialmente cubiertos por dichas Directivas, paralelamente a las disposiciones pertinentes de las citadas Directivas, son aplicables las normas y los principios fundamentales del Tratado de la Comunidad Europea. Por último, en el caso de una concesión de servicios o de un contrato público no cubierto por las Directivas sobre los contratos públicos, la selección de un socio privado se ha de hacer con arreglo a los principios del Tratado de la Comunidad Europea. En todo caso, por tanto debe asegurarse la libertad de establecimiento, el respeto de los principios de transparencia e igualdad de trato, a fin de garantizar que todo operador potencial pueda acceder en igualdad de condiciones a la prestación de dichas actividades hasta entonces reservadas.

Por último, debe señalarse respecto de la fase posterior a la creación de la CPPI que ésta debe conservar su campo de actividad inicial y no pueden obtener, en principio, nuevos contratos públicos o concesiones sin un procedimiento de licitación que respete el Derecho comunitario en materia de contratos públicos y concesiones.

Sin embargo, como la CPPI se suele crear para prestar un servicio durante un período bastante largo, debe estar en condiciones de adaptarse a determinados cambios operados en el entorno económico, jurídico o técnico. Las disposiciones comunitarias sobre contratos públicos y concesiones no impiden tener en cuenta estas evoluciones siempre que se cumplan los principios de igualdad de trato y de transparencia.

Así, cuando la entidad adjudicadora desea, por motivos concretos, que algunas condiciones de la adjudicación se puedan ajustar tras la elección del adjudicatario, se ha de prever expresamente esa posibilidad de adaptación, así como sus modalidades de aplicación, en el anuncio de licitación o en los pliegos de condiciones, y definir el marco en el que se ha de desarrollar el procedimiento, de manera que todas las empresas interesadas en participar tengan conocimiento de ello desde el inicio y se encuentren, por lo tanto, en

pie de igualdad en el momento de presentar su oferta. Cualquier modificación de los términos esenciales del contrato que no se haya previsto en el pliego de condiciones exige un nuevo procedimiento de licitación<sup>230</sup>.

## II. COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA Y ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA.

La expansión del fenómeno de la colaboración en Europa y su delimitación conceptual en el ámbito comunitario debe ponerse irremediabilmente en relación el modelo de crecimiento de la Unión Europea basado en la estabilidad presupuestaria. Las restricciones impuestas por las políticas de consolidación fiscal imperantes actualmente en la Unión Europea respecto del déficit público y la deuda condicionan decisivamente la elección de alternativas financieras con participación privada para el desarrollo de nuevas inversiones.

### 1. MARCO NORMATIVO, CONCEPTO Y ALCANCE.

El Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea<sup>231</sup> (en adelante “el Tratado”) en su versión modificada por el Tratado de la Unión Europea (TUE) firmado en Maastrich el 7 de febrero de 1992, estableció que, para el adecuado funcionamiento de la Unión Económica y Monetaria (UEM), los Estados que hayan adoptado la moneda única, denominados “Estados miembros participantes”, deberán conducir sus políticas hacia una convergencia estable y permanente de los resultados económicos en aras de un espacio común de crecimiento y estabilidad de precios. La plena implantación de esta tercera fase de la UEM, esto es, la adopción del euro como moneda única común, viene acompañada en el articulado del Tratado

---

<sup>230</sup> Así lo entiende el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Véanse el asunto C-496/99 P, Comisión contra CAS Succhi di Frutta SpA, y la nota 35 a pie de página, apartado 116 y ss.

<sup>231</sup> Denominado Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea desde 1 de diciembre de 2009, fecha de entrada en vigor del Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

de la obligación de dichos Estados de establecer como objetivo a medio plazo la consolidación fiscal de sus cuentas públicas mediante políticas de estabilidad en términos presupuestarios que garanticen el fortalecimiento de las condiciones de crecimiento sostenible de la economía, la estabilidad de los precios y la creación de empleo en todos los países de la zona euro<sup>232</sup>.

La estabilidad presupuestaria que se propugna en el Tratado exige escenarios de equilibrio o próximos al superávit a lo largo de los ciclos económicos de forma que, manteniendo las condiciones de desarrollo económico y contención de la inflación, se consigan los necesarios márgenes de solvencia para afrontar los procesos recesivos coyunturales y los esfuerzos financieros derivados de ellos. Con estas premisas, el artículo 104 C del Tratado (actual artículo 126 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) establece la estricta obligación a los Estados miembros de evitar los déficit excesivos y, en el caso de producirse, propiciar su rápida y efectiva corrección. Esta previsión del Tratado adquiere una importancia colosal en tanto se erige como el germen de toda la articulación normativa posterior, tanto en el ámbito comunitario como en las esferas nacionales, en materia de estabilidad presupuestaria<sup>233</sup>.

---

<sup>232</sup> Ello teniendo en cuenta que, de conformidad con las previsiones del Tratado, los Estados miembros seguirán siendo responsables de sus políticas presupuestarias nacionales y, por tanto, de adoptar diligentemente los instrumentos adecuados a tal objetivo.

<sup>233</sup> A la luz de esta consideración nuclear del Tratado, el propio texto fundamental esboza de forma incipiente los criterios cuantitativos que servirán de referencia para establecer las condiciones de estabilidad fiscal así como las bases del procedimiento para prevenir, detectar y corregir los escenarios de déficit excesivos, así como los mecanismos coercitivos que respalden dichas acciones. En este sentido, los valores de referencia que se mencionan en el apartado 2 del artículo 104 C del Tratado y el Protocolo nº 20 anejo al Tratado sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo de 1992 serán:

- 3 % en lo referente a la proporción entre el déficit público previsto o real y el producto interior bruto a precios de mercado.
- 60 % en lo referente a la proporción entre la deuda pública y el producto interior bruto a precios de mercado.

Asimismo se encuentran reflejadas las definiciones básicas de aquellas magnitudes económicas relevantes para el cumplimiento del objetivo de estabilidad, de acuerdo con la nomenclatura utilizada en el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de 1995 (en adelante SEC'95).

La necesidad de concretar los instrumentos de política presupuestaria necesarios para la consecución de las previsiones del Tratado motivó la búsqueda por los Estados miembros de un Acuerdo básico que ratificara la importancia de dichas previsiones y desarrollara de forma efectiva los procedimientos para su implementación a nivel nacional. Sería en la reunión del Consejo de la Unión Europea en Dublín en diciembre de 1996 donde cristalizó el acuerdo político de los Estados miembros para alcanzar el Pacto de Estabilidad y Crecimiento en consonancia con los principios del Tratado relativos a la salvaguarda de unas finanzas públicas saneadas.

El Pacto de Estabilidad y Crecimiento se enmarca en las directrices establecidas por el Tratado y desarrolla sus disposiciones mediante un cuerpo normativo que servirá de marco jurídico de referencia en la aplicación por los Estados miembros de las políticas presupuestarias dirigidas a la consecución de la consolidación fiscal<sup>234</sup>. Posteriormente, el Consejo de Santa María de Feira celebrado en junio de 2000 aprobó una Recomendación relativa a las Orientaciones Generales de Política Económica<sup>235</sup>, en la que se insta a los Estados miembros a continuar con el saneamiento de las cuentas públicas más allá de su nivel mínimo, con la finalidad de cumplir los requisitos acordados en el Pacto de Estabilidad<sup>236</sup>.

---

<sup>234</sup> Bajo estas premisas el Pacto Estabilidad y Crecimiento consta formalmente de tres elementos regulatorios que desarrollan las orientaciones generales del Tratado y establecen los procedimientos para su exigencia en sus aspectos tanto preventivo como represivo:

- *Resolución del Consejo Europeo relativa al Pacto de Estabilidad y Crecimiento de Ámsterdam, 17 de junio de 1997.*
- *Reglamento (CE) nº 1466/1997, relativo al reforzamiento de la supervisión de las situaciones presupuestarias de los Estados miembros y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas.*
- Reglamento (CE) nº 1467/1997, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo

<sup>235</sup> Recomendación del Consejo de 19 de junio de 2000, DOCE L210 de 21 de agosto de 2000.

<sup>236</sup> Las serias dificultades aparecidas en algunos Estados miembros para dar efectivo cumplimiento a los compromisos presupuestarios derivados de sus Programas de Estabilidad, abrieron a partir del 2002 un profundo debate sobre la efectividad del propio Pacto y la viabilidad real de los objetivos de consolidación fiscal en él establecidos. Las discusiones se precipitaron de manera significativa a raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia de las

En España, al amparo del artículo 149.1 de la Constitución Española que establece la competencia exclusiva del Estado para establecer la planificación general de la actividad económica y con la finalidad de dar cumplimiento al Pacto de Estabilidad y Crecimiento, se adoptó la normativa básica de estabilidad presupuestaria que fija los principios rectores de la política presupuestaria del sector público español en el seno de la UEM<sup>237</sup> cuya aplicación afecta al resto del ordenamiento jurídico en su contenido económico-financiero y va condicionar decisivamente las políticas públicas en el futuro<sup>238</sup>.

---

Comunidades Europeas, de 13 de junio de 2004, en relación con los procedimientos de déficit excesivo incoados a Francia y Alemania (asunto C-27/04) y, en particular, sobre la anulación de la decisión cautelar de suspensión de dichos procedimientos adoptada por el Consejo y recurrida por la Comisión. La clarificación a cargo de la Comisión de la situación de ambos países en relación con el proceso de déficit excesivo tras la decisión del Tribunal, y el creciente aumento del debate sobre las incertidumbres que acechaban a la aplicación del Pacto dieron como resultado una Comunicación de la Comisión de septiembre de 2004 -COM (2004) 813 final- proponiendo la mejora del marco de gobernanza del Pacto a través de un enfoque más detallado hacia la evolución económica de los Estados y la viabilidad a largo plazo de sus finanzas públicas.

Sobre dicha base se alcanzó, en el seno del Consejo de 22 y 23 de marzo de 2005, el acuerdo político de los ministros de finanzas sobre la necesidad de revisión del Pacto y su acervo normativo, concretado en la propuesta de la Comisión de revisar los Reglamentos (CE) nº 1466/1997 y (CE) nº 1467/1997. Dicha revisión tuvo lugar a través de los Reglamentos (CE) nº 1055/2005 y (CE) nº 1056/2005, de 27 de junio de 2005, que modifican a los anteriores respectivamente y se fundamenta en la necesidad de atender, por un lado, a la diversidad de las situaciones económicas de los países miembros, estableciendo un *enfoque simétrico* de la política fiscal a lo largo de los ciclos económicos para alcanzar gradualmente el objetivo a medio plazo evitando políticas pro-cíclicas. Ello significa la aplicación de una mayor disciplina presupuestaria en épocas de bonanza económica que permita a los países afrontar las fluctuaciones cíclicas normales manteniendo el déficit público por debajo del valor de referencia del 3% del PIB y obtener al mismo tiempo ciertos márgenes de maniobra, especialmente en materia de inversiones, para etapas recesivas (Considerando 6º del Reglamento (CE) nº 1055/2005). Por otro lado, a las reformas estructurales que proporcionen ahorros directos a largo plazo y contribuyan al saneamiento y sostenibilidad de las finanzas públicas

<sup>237</sup> Dicha normativa viene representada por la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria (LGEP), que formula los principios y procedimientos para el objetivo de estabilidad en el sector público, y la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, Complementaria a la Ley General de Estabilidad Presupuestaria (LOCEP), que establece el sistema de cooperación financiera entre el Estado y las Comunidades Autónomas al servicio de la estabilidad, configurando ambas el marco de estabilidad presupuestaria en el ordenamiento jurídico español.

<sup>238</sup> El ciclo de reforma normativa en materia de consolidación fiscal culmina con la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, que introduce en la regulación del ciclo presupuestario las previsiones relativas a la estabilidad. El modelo de estabilidad presupuestaria que se regula en la LGEP y en la LOCEP tiene carácter de normativa básica y,

Se entiende la estabilidad presupuestaria como la situación de equilibrio o superávit de las administraciones públicas computada, a lo largo del ciclo económico, en términos de capacidad o necesidad de financiación<sup>239</sup> de acuerdo a la definición contenida en el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales (SEC)<sup>240</sup>. Como señala Montesinos Julve (2002: 54), al definirse en estos términos la estabilidad presupuestaria, el cumplimiento de este objetivo supone la necesidad de controlar las magnitudes de déficit y deuda a partir de la información propia de cada entidad pública. Esto es tanto como elaborar información macroeconómica de acuerdo con los criterios del SEC, o lo que es lo mismo, vincular los sistemas micro y macroeconómico de las cuentas públicas por cuanto el seguimiento de este objetivo será realizado en términos de contabilidad nacional (Díaz Corral, 2001: 43).

En efecto, a los efectos del Protocolo sobre procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, anejo al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, el objetivo de estabilidad presupuestaria y las situaciones de déficit o superávit se expresan en términos de contabilidad nacional, utilizando los criterios del el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de 1995

---

por tanto, resulta aplicable a todas las Administraciones Públicas y entidades del sector público. El contenido regulatorio de la LGEP se articula sobre unos principios nucleares que van a inspirar toda la arquitectura conceptual y procedimental en materia de consolidación fiscal en nuestro país: estabilidad presupuestaria, transparencia, plurianualidad y eficiencia en la gestión de los recursos públicos.

<sup>239</sup> La estabilidad presupuestaria fue concebida inicialmente en la Ley como exigencia de equilibrio presupuestario año a año (*Ley de déficit cero*) sin ajustes en función del ciclo económico. Este planteamiento pro-cíclico de las finanzas públicas exigía planes de saneamiento cada vez que el ciclo recesivo o la política fiscal autonómica provocaba déficit y reducía el margen de maniobra para las medidas de política económica. La modificación de la LGEP por Ley 15/2006, de 26 de mayo, de Reforma de la LGEP, estableció el cálculo de los saldos presupuestarios ajustados al ciclo económico para eliminar el efecto pro-cíclico de ingresos y gastos, otorgando mayor flexibilidad a la política fiscal en épocas de recesión para evitar una incidencia negativa en el crecimiento y el empleo. En tal sentido, se entiende la estabilidad presupuestaria en la LGEP como la situación de equilibrio o superávit computada, a lo largo del ciclo económico, en términos de capacidad o necesidad de financiación de acuerdo con la definición del SEC'95. Ello se instrumenta a través de la aprobación por el Gobierno del objetivo de estabilidad para los tres ejercicios siguientes que, con carácter general, establecerá la elaboración, aprobación y ejecución del Presupuesto en términos de equilibrio o superávit.

<sup>240</sup> Artículo 3.2 de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria. (LGEP)

(en adelante SEC'95)<sup>241</sup> como medio más idóneo de valoración homogénea de las cuentas públicas de los distintos países<sup>242</sup>. Se consigue así un sistema europeo de cuentas para la UEM que permita “un marco contable comparable a escala internacional cuyo fin es realizar una descripción sistemática y detallada de una economía en su conjunto y sus relaciones con otras economías” (Manual sobre Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales SEC'95,1996: 1).

Pues bien, definido el marco de estabilidad en términos de contabilidad nacional o macrocontabilidad, se hace necesario descender al ámbito de la microcontabilidad pública para establecer la adecuada relación entre ambas magnitudes de forma que puedan aplicarse los criterios fijados en la normativa de estabilidad a las operaciones contables llevadas a cabo por el sector público (Gil Herrera, 2006: 65), en tanto que existen importantes divergencias entre el concepto de capacidad/necesidad de financiación y el de saldo presupuestario (López Hernández y Rodríguez Bolívar, 2002: 15).

Así, el cálculo de la capacidad/necesidad de financiación se obtiene partiendo del saldo presupuestario no financiero como diferencia entre derechos y obligaciones reconocidos no financieros para los sujetos con presupuesto limitativo, y como diferencia entre los recursos no financieros y los empleos tanto no financieros como de inversión para el resto de sujetos, y

---

<sup>241</sup> El Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Comunidad de 1995 (SEC'95), sustituyó al Sistema Europeo de Cuentas Económicas Integradas, publicado en 1970 (SEC'70) y modificado en 1978, y se configuró de forma coherente con la versión revisada del Sistema de Cuentas Nacionales de 1993 (SCN'93) que marca las directrices mundiales sobre contabilidad nacional, bajo la responsabilidad conjunta de Naciones Unidas, el Fondo Monetario Internacional, la Comisión de las Comunidades Europeas, la OCDE y el Banco Mundial (Manual sobre Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales SEC'95,1996: 1).

<sup>242</sup> El Reglamento (CE) nº 2223/96 del Consejo, de 25 de junio de 1996, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Comunidad, se constituye como norma jurídica obligatoria en todos sus elementos y directamente aplicable a todos los Estados miembros.

aplicando posteriormente los ajustes necesarios según el criterio de SEC'95<sup>243</sup>.

Desde el punto de vista subjetivo, la valoración del cumplimiento por los Estados del objetivo de estabilidad presupuestaria según la normativa comunitaria viene referido al ámbito del sector *Administraciones Públicas* según el criterio de contabilidad nacional recogido en el SEC'95<sup>244</sup>, que en términos de contabilidad nacional incluye "todas las unidades institucionales que son otros productores no de mercado<sup>245</sup> cuya producción se destina al consumo individual o colectivo, que se financian principalmente mediante pagos obligatorios efectuados por unidades pertenecientes a otros sectores y/o que efectúan operaciones de redistribución de la renta y la riqueza nacional"<sup>246</sup>.

---

<sup>243</sup> En el SEC'95 se definen las principales magnitudes que tienen influencia en el cálculo del objetivo de estabilidad. Así se define el déficit o excedente público como la necesidad o capacidad de financiación de las administraciones públicas (saldo entre gastos e ingresos no financieros); la inversión pública como formación bruta de capital fijo de las administraciones y la deuda pública como el valor nominal de todas las obligaciones brutas (efectivo y depósitos, títulos a corto plazo, obligaciones y otros créditos a corto, medio y largo plazo) del sector administraciones públicas. Sin embargo, existen importantes diferencias entre el SEC'95 y la metodología presupuestaria utilizada en la contabilidad pública que obligan a establecer una equivalencia de método entre ambas a efectos de definir el objetivo de estabilidad. En primer término, el SEC'95 delimita los diferentes sectores de contabilidad nacional y, dentro de ellos, establece el ámbito de clasificación de los sujetos que los integran y, por otro lado, determina de forma peculiar la valoración de ingresos y gastos no financieros, lo que obliga a introducir una serie de ajustes en el saldo presupuestario por operaciones no financieras en orden a obtener la necesaria equivalencia con el saldo en contabilidad nacional.

<sup>244</sup> Sector institucional número 13 (S.13) del Manual sobre Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales SEC'95, de la Oficina Estadística de las Comunidades Europeas (Eurostat) (1996: 1).

<sup>245</sup> Téngase en cuenta que el SEC'95 distingue tres tipos de producción: producción de mercado (P.11), producción para uso final propio (P.12) y producción no de mercado (P.13), siendo ésta última aquella que se suministra a otras unidades de forma gratuita o a precios económicamente no significativos, y que es la actividad realizada fundamentalmente por las administraciones públicas. Pto.3.07 del SEC'95.

<sup>246</sup> Puntos. 2.68 y 2.70 del SEC'95. A su vez se subdivide en:

- Administración Central (S.1311)
- Comunidades Autónomas (S.1312)
- Corporaciones Locales (S.1313)
- Administración de la Seguridad Social (S.1314).



El concepto de *Administraciones Públicas* en contabilidad nacional no tiene que coincidir necesariamente con la definición de Administración Pública según los ordenamientos jurídicos de los diferentes países, ya que la delimitación conceptual que establece el SEC'95 está basada en criterios económicos y no jurídicos. Por ello, es el comportamiento económico de un ente lo que le caracteriza como integrante del sector *Administraciones Públicas* y no su forma jurídica<sup>247</sup>.

Esta perspectiva de la estabilidad presupuestaria va a resultar trascendental en la concepción de las nuevas fórmulas de colaboración público-privada y su expansión por el ámbito europeo, y muy particularmente en el caso español, en tanto que se convertirá definitivamente en eje de criterio sobre el que pivotarán, no solamente las decisiones públicas de implementación de este tipo de esquemas, sino la propia articulación de los mismos desde el punto de vista económico-financiero. Con la finalidad de conjugar la necesidad de cumplir el objetivo de estabilidad presupuestaria que se fije con la también necesidad de acometer nuevas inversiones públicas se impone la búsqueda de alternativas al endeudamiento para la financiación

---

<sup>247</sup> Dada la amplia variedad de entidades jurídicas que conforman el sector público y su diferente comportamiento económico su clasificación como Administración Pública a efectos de contabilidad nacional requiere un análisis individualizado de acuerdo a los siguientes criterios establecidos en el SEC 95:

- Unidad institucional: deberá contar con autonomía de decisión y disponer de una contabilidad completa (Punto. 2.12).
- Carácter público: estará sometida al control de otras unidades públicas (Punto. 2.26).
- Naturaleza no de mercado: cuya actividad sea la de redistribución de la renta y la riqueza nacionales o sea productor no de mercado (producción a precios no significativos). Ello se hace en base al denominado criterio del 50% de los costes de producción, esto es, si las ventas cubren menos del 50% de los costes de producción la unidad institucional será productora no de mercado y, por tanto, si es un productor público se incluirá en el sector *administraciones públicas* (Punto.3.33).

Estos aspectos se desarrollarán pormenorizadamente más adelante en este capítulo, al abordar la contabilización de las operaciones de colaboración público-privada institucional.

La efectiva aplicación de los criterios anteriores a efectos de determinación del sector *Administraciones Públicas* en España se reserva, de conformidad con la Orden del Ministerio de Hacienda 2283/2003, de 31 de julio, al Instituto Nacional de Estadística (INE), el Banco de España (BE) y la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE), a través de la clasificación de cada uno de los entes que componen el sector público en la categoría correspondiente.

de inversiones públicas que no supongan un mayor déficit público y deuda en términos de contabilidad nacional<sup>248</sup>.

Así, el escenario de estabilidad presupuestaria y saneamiento de las cuentas públicas ha motivado la búsqueda por los distintos Estados de fórmulas más o menos ingeniosas que les permitan ejecutar ciertas infraestructuras muy costosas eludiendo los límites impuestos al déficit público por la propia Unión Europea (Míguez Macho, 2008: 164). Para entender esta aseveración se hace imprescindible analizar el tratamiento contable de las inversiones públicas y en qué medida y circunstancias afectan al déficit público y la deuda de las administraciones públicas.

## 2. INVERSIÓN PÚBLICA, RÉGIMEN CONTABLE, DÉFICIT y DEUDA PÚBLICA.

Con carácter general las inversiones para la construcción de obras e infraestructuras llevadas a cabo mediante el sistema tradicional de contratación, esto es, a través de un contrato público de obras en el que la Administración satisface un precio cierto y se financia con su propio endeudamiento, se registran en el balance de la Administración como *Formación Bruta de Capital Fijo*<sup>249</sup>, compensada por un préstamo de igual valor en tanto se considera una variación positiva de activos no financieros<sup>250</sup>.

En tal caso se produce un aumento de la necesidad de financiación de la Administración en términos de contabilidad nacional correspondiente al valor

---

<sup>248</sup> Un análisis más profundo de la normativa española de estabilidad presupuestaria puede encontrarse en Garcés Sanagustín (2001 y 2004) González-Páramo (2001) y Gil Herrera (2006).

<sup>249</sup> En contabilidad nacional la formación bruta de capital fijo comprende las adquisiciones menos las cesiones de activos fijos realizadas durante un periodo determinado más los incrementos de valor de los propios activos. Entre las adquisiciones, valores positivos, se incluyen los activos materiales o inmateriales nuevos o existentes adquiridos, producidos o conservados, recibidos como transferencia de capital en especie y adquiridos mediante arrendamiento financiero (Punto. 3.102 SEC'95).

<sup>250</sup> En términos de contabilidad nacional la ejecución de un contrato de obra pública a precio cierto puede considerarse la adquisición de un activo material y, por tanto, una variación positiva de los activos no financieros.

de la Formación Bruta de Capital Fijo mientras que la deuda de la Administración aumenta en el importe del préstamo imputado, esto es, el importe de la inversión se tendrá en cuenta como mayor déficit a efectos de cumplimiento del objetivo de estabilidad<sup>251</sup>.

Las alternativas a la construcción de infraestructuras con financiación pública, como son la mayoría de esquemas de colaboración público-privada, además de incorporar el capital privado como fuente de financiación de la inversión deberán garantizar que la contabilización de la misma no se considera formación de capital fijo en el balance de la Administración concedente incrementando de esa forma su necesidad de financiación.

Desde este punto de vista, por tanto, podremos decir que estamos ante una verdadera alternativa para financiar una inversión pública cuando su financiación no afecte a la posición de estabilidad presupuestaria, es decir, la condición esencial deberá residir en su virtualidad para no computar en la cuenta de capital de la administración promotora y, consecuentemente, incrementar la necesidad de financiación en contabilidad nacional.

Para establecer las condiciones de tal afectación, el propio Libro Verde hace alusión a los criterios que han de definir el impacto que las operaciones de colaboración público-privada tienen para el cómputo del déficit en términos de contabilidad nacional<sup>252</sup> y, consecuentemente, en el cumplimiento del objetivo de estabilidad, y que se encuentran recogidos en la Decisión de la Oficina Europea de Estadística (*Statistical Office of the European Communities*

---

<sup>251</sup> Recuérdese que el cálculo de la capacidad/necesidad de financiación se obtiene partiendo del saldo presupuestario no financiero como diferencia entre derechos y obligaciones reconocidos no financieros para los sujetos con presupuesto limitativo, y como diferencia entre los recursos no financieros y los empleos tanto no financieros como de inversión para el resto de sujetos, y aplicando posteriormente los ajustes necesarios según el criterio de SEC'95.

<sup>252</sup> El apartado 5 (3) del Libro Verde señala: "El 11 de febrero de 2004, Eurostat, la Oficina Estadística de las Comunidades Europeas (véase el comunicado de prensa STAT/04/18) adoptó una decisión relativa al tratamiento contable en las cuentas nacionales de los contratos firmados por entidades públicas en el marco de operaciones de colaboración con entidades privadas. En dicha decisión se precisa el impacto en el déficit o superávit público y la deuda pública (...)".

*Eurostat*) de 11 de febrero de 2004, sobre el tratamiento de las Asociaciones Público-Privadas respecto del déficit y la deuda<sup>253</sup>.

Por tanto, respecto al ámbito específico de la colaboración público-privada y la necesidad de armonizar el tratamiento contable de estas nuevas fórmulas alternativas de financiación con el objetivo de estabilidad definido en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, la Comisión asume la importancia de establecer unas directrices comunes a los estados miembros en términos de contabilidad nacional sobre las distintas fórmulas de colaboración. Con esta finalidad se dicta la Decisión de Eurostat.

Su ámbito de aplicación, si bien se refiere inicialmente a la colaboración público-privada en general, se dirige específicamente a aquellas fórmulas del tipo *DBFO* basadas en las retribuciones a cargo de la propia Administración en base al principio del “pago por servicios” en el caso de las infraestructuras sociales o el “peaje en sombra” en los transportes, que actualmente se expanden por Europa y lo seguirán haciendo en el futuro, y cuya compleja estructura financiera plantea serias cuestiones respecto de su tratamiento en contabilidad nacional<sup>254</sup>. En tal sentido, la propia decisión excluye implícitamente a las concesiones tradicionales al señalar que no incurren

---

<sup>253</sup> Decisión de 11 de febrero de 2004 de Eurostat sobre el tratamiento de las APP respecto del déficit y la deuda (*New Decision of EUROSTAT on deficit and debt: “Treatment of public-private partnerships” - 18/2004-11 February 2004* ). Disponible en: <http://epp.eurostat.ec.europa.eu>

<sup>254</sup> Como señala la propia decisión, ésta se circunscribe a “contratos a largo plazo en áreas de actividad en las que normalmente exista una relevante presencia del sector público. Estos contratos se corresponden habitualmente, aunque no necesariamente, con lo que se conoce como colaboración público-privada con uno o varios socios, directamente o a través de una entidad creada al tal efecto, que cuenten con amplia experiencia en el objeto del contrato. Una característica importante es que el contrato regule tanto los rasgos básicos (*outputs*) de un activo de diseño específico para tal fin y que requiera una inversión inicial de capita, así como la prestación de unos servicios determinados sobre el propio activo y de acuerdo a unos estándares de calidad y parámetros de volumen. La Decisión se aplicará únicamente en los casos en que el sector público sea el principal destinatario de los servicios provistos por el socio privado, tanto si la demanda se origina directamente por la propia Administración o por terceros usuarios del activo o infraestructura, como es frecuente en servicios sanitarios y educativos así como en el uso de determinadas infraestructuras de transporte”.

normalmente en estas incertidumbres contables dada su larga experiencia de aplicación<sup>255</sup>.

Para el tratamiento en contabilidad nacional de este tipo de operaciones la clave será determinar la clasificación del activo como propiedad de la Administración o, por el contrario, en el balance del socio privado y para ello el elemento esencial será el análisis de la asignación de los riesgos asociados a la propiedad del activo entre las partes para determinar cuál de ellas asume la mayor parte de dichos riesgos<sup>256</sup>.

1. En base a lo anterior caben dos escenarios posibles de contabilización de una operación de *CPP* de tipo contractual:

- a) Si durante el periodo de explotación la sociedad concesionaria afronta todos los riesgos derivados de la propiedad y recibe la mayoría de los beneficios la operación tiene entonces las características de un arrendamiento operativo, registrándose el importe de la inversión en el balance de la empresa. En este caso, los efectos sobre las cuentas de la Administración Pública concedente en términos de contabilidad nacional únicamente se refieren al aumento en la necesidad de financiación (déficit) de por el importe de los pagos regulares que ésta realice al concesionario y sin que se produzca incidencia alguna en el nivel de deuda.

---

<sup>255</sup> En el caso de las concesiones tradicionales o inversiones autofinanciadas en las que el concesionario financia la inversión y se retribuye mediante su explotación consistente en el cobro de rentas o cánones vinculados al uso de la infraestructura y pagado directamente por los usuarios de la misma (por ejemplo las autopistas de peaje) los activos generados por el proyecto son propiedad del privado durante toda la vida del contrato y se contabilizan en su Balance, tanto en el Activo por el importe de la inversión como en el Pasivo por la cuantía del endeudamiento. Al no registrarse el bien en el Balance de la Administración como formación bruta de capital, la inversión no tendrá impacto en su déficit al no incrementar su necesidad de financiación, ni en su nivel de deuda.

<sup>256</sup> El apartado 5 (3) del Libro Verde señala: "(...) Eurostat recomienda que los activos vinculados a una operación de colaboración público-privada se consideren activos no públicos y, por consiguiente, no se registren en el balance de las administraciones públicas cuando se cumplan las dos condiciones siguientes: 1. el socio privado soporte el riesgo de construcción y 2. el socio privado soporte al menos uno de los dos riesgos siguientes: el de disponibilidad o el vinculado a la demanda".

Cuando, de acuerdo al principio de reversión, la infraestructura se entrega a la Administración al final del período de explotación el importe de la inversión se registra en el balance de la Administración como Formación Bruta de Capital Fijo, compensada por una transferencia de capital sin repercusiones sobre la necesidad/capacidad de financiación.

- b) Si durante el período de explotación la Administración Pública afronta la mayoría de los riesgos derivados de la propiedad y recibe la mayoría de los beneficios, la operación se considera con las características de un arrendamiento financiero registrándose en su balance el valor de la inversión como Formación Bruta de Capital Fijo, compensada por un préstamo imputado de igual valor. En tal caso, la repercusión sobre la sobre las cuentas de la Administración se refiere a un aumento de la necesidad de financiación (déficit) por el valor de la Formación Bruta de Capital Fijo, mientras que la deuda de la Administración aumenta en el importe del préstamo imputado. Durante el período de explotación, los pagos anuales se dividirán entre reembolso de principal y pagos de intereses relativos al préstamo imputado, repercutiendo sobre el déficit de la Administración el importe correspondiente al pago de intereses.

En consecuencia, en términos de contabilidad nacional un activo derivado de un contrato de colaboración sólo se podrá imputar como no consolidable en el balance de la Administración pública cuando existan evidencias claras de que es el socio privado el que soporta la mayor parte de los riesgos derivados del contrato de colaboración y que tengan relación directa con el activo. Sólo en tal caso la inversión por el activo quedará fuera del Balance de la Administración y se registrará en el del socio privado, sin influencia, por tanto en el déficit ni la deuda.

Teniendo en cuenta la amplitud del concepto genérico de riesgo y la variedad de tipos que pueden acaecer durante la vida de un proyecto de infraestructura Eurostat determina las principales categorías que deben

tenerse en cuenta a efectos de considerar qué parte asume el riesgo del contrato evitando así confusiones y eliminando el margen para la interpretación. Así, se definen las siguientes categorías:

- *Riesgo de construcción:* referido a aquellos eventos relevantes durante la ejecución de la obra tales como la entrega extemporánea motivada por retrasos diversos, existencia de costes adicionales, incumplimiento de los estándares y calidades acordados o la aparición de defectos técnicos en la obra y, en general, cualquier desviación entre la obra realizada y proyectada, que deberán ser asumidas en todo caso por el contratista o concesionario privado. En tal sentido, el abono periódico de retribuciones por la Administración al socio privado sin una comprobación previa formal del estado de la obra realizada en comparación con el proyecto aprobado se considerará una evidencia de que la Administración asume el riesgo de construcción.
- *Riesgo de disponibilidad:* se refiere a la responsabilidad del socio privado respecto de la explotación de la obra. Incluye, en primer lugar, aquellas situaciones en que el privado no está en condiciones de poner a disposición de los usuarios la infraestructura o los servicios propios de su explotación de acuerdo a lo establecido en el contrato en cuanto a volumen de prestación o cumplimiento de estándares de seguridad o cualificación técnica requeridos de acuerdo a lo pactado.

Por otro lado, se refiere también a los incumplimientos por parte del socio privado de los indicadores o estándares de calidad en la prestación de los servicios vinculados a la obra de manera que se ponga de manifiesto una evidente carencia en la calidad de la prestación por aquél. La Administración se entenderá que no asume dicho riesgo cuando tenga la posibilidad de acuerdo al contrato de reducir automática y significativamente el importe de los pagos periódicos que abone al privado, de manera que se configure dicha retribución como variable en función del nivel de cumplimiento de los estándares de disponibilidad o calidad por parte del privado. La relevancia de las minoraciones en los

pagos como consecuencia de los incumplimientos debe ser tal que su efecto sobre los ingresos del privado en concepto de retribución no sea puramente simbólico o cosmético, sino que debe afectar significativamente a su *cash-flow*.

- *Riesgo de demanda*: se refiere a las eventuales variaciones en el uso o la demanda real de la infraestructura respecto de las estimaciones iniciales incorporadas al contrato, y que sean independientes del comportamiento del socio privado en su gestión. Es decir, este riesgo incluye únicamente aquellos cambios en la demanda o uso que no deriven de una inadecuada o defectuosa actuación del privado en la explotación de la infraestructura o la prestación de los servicios o cualquier circunstancia que altere la cantidad o calidad de los mismos, sino de eventos ajenos a la explotación como por ejemplo el contexto económico, tendencias del mercado, cambios tecnológicos u otras.

Se entenderá que la Administración asume este riesgo cuando, de acuerdo al contrato, asegure una cantidad cierta y fija de retribución al privado con independencia del nivel de demanda real que haya experimentado la infraestructura, de manera que las variaciones en aquella no afecten en absoluto al nivel de ingresos a obtener por el socio privado en concepto de retribución. En caso contrario será el privado el que cubra el riesgo por variaciones en la demanda, excepto aquellas que se deriven directamente de una acción de la propia Administración.

Otros aspectos que se tienen en consideración para determinar la propiedad del bien son:

- El efecto del recurso a garantías otorgadas por la Administración.
- La clasificación de la unidad encargada del proyecto teniendo en cuenta su autonomía de decisión respecto a la administración.



- La ubicación o localización final del bien en algunos casos específicos (riesgo de valor residual).

En todo caso debe recordarse que para el análisis de cada operación se establece como criterio general de acuerdo al SEC'95 la primacía de la realidad económica respecto de la forma jurídica, esto es, para el registro contable de las operaciones a efectos del cálculo del déficit lo relevante son los flujos económicos que de ella se derivan, con independencia de la forma jurídica que adopte<sup>257</sup>. Esto cobra especial importancia en el ámbito de la colaboración público-privada por la variedad de las fórmulas utilizadas y la heterogeneidad de su tratamiento jurídico en los distintos países debiendo prevalecer la realidad económica en los casos de contradicción con su naturaleza jurídica<sup>258</sup>.

2. Por lo que respecta a las colaboraciones público-privadas de tipo institucional *CPPI* el tratamiento contable difiere atendiendo a la clasificación de la entidad como unidad institucional pública de mercado o no de mercado de acuerdo a los criterios establecidos en el SEC'95<sup>259</sup>. En el primer caso sus proyectos y los activos generados no se imputan en el balance de las administraciones públicas ni tampoco el endeudamiento tomado en mercado para financiar su actividad. En cuanto a las unidades públicas no de mercado sus activos se imputan en el balance de las administraciones públicas, estando sometidas a los límites de endeudamiento del sector público para financiar su actividad.

---

<sup>257</sup> SEC'95 en su edición de 2002, punto II.1.12 y punto II.1.13.

<sup>258</sup> El principio general según el cual el significado económico y financiero de una operación deberá prevalecer sobre los instrumentos jurídicos a la hora de determinar la clasificación contable adecuada se cita en diversos manuales de contabilidad macroeconómica además del propio SEC'95, incluido el del Comité de Normas Internacionales de Contabilidad (CNIC) y es a su vez pertinente a fortiori para las cuentas nacionales cuyo objetivo es lograr la signidficación macroeconómica.

<sup>259</sup> Recuérdese que el SEC'95 distingue tres tipos de producción: producción de mercado (P.11), producción para uso final propio (P.12) y producción no de mercado (P.13), siendo ésta última aquella que se suministra a otras unidades de forma gratuita o a precios económicamente no significativos, y que es la actividad realizada fundamentalmente por las administraciones públicas. Punto.3.07 del SEC'95.

Para determinar cuándo una unidad pública se clasifica como unidad de mercado una vez más hemos de acudir a los criterios establecidos en el Sistema Europeo de Cuentas, SEC95. De conformidad con los mismos se ha de determinar, en primer término, si nos hallamos ante una unidad institucional pública, y una vez dilucidado ese aspecto se analiza si su actividad se puede considerar de mercado.

El SEC 95 (Punto 2.12) considera que estamos ante una unidad institucional cuando la entidad analizada dispone de:

- Autonomía de decisión. Según el Manual SEC 95, ésta implica: i) ser titular de bienes o activos con facultad de disposición sobre ellos; ii) tener capacidad para tomar decisiones económicas y realizar actividades económicas de las que es directamente responsable ante la Ley; iii) tener capacidad de contraer pasivos en nombre propio, aceptar otras obligaciones o compromisos futuros y suscribir contratos; o bien,
- Conjunto completo de cuentas. Esto significa disponer de documentos contables que recogen la totalidad de sus operaciones económicas y financieras efectuadas durante el período contable, así como un balance de activos y pasivos.

En cuanto al carácter público se exige que la unidad esté sometida al control de otras unidades públicas (Punto 2.26).

Una vez establecido que estamos ante una unidad institucional se entra en el examen de si la misma puede clasificarse como unidad de mercado, para ello es necesario que:

- a) Precios económicamente significativos. Este requerimiento supone que los precios que carga a la Administración Pública han de ser de

mercado, equivalentes a los que aplicaría a un particular en régimen de mercado<sup>260</sup>.

- b) Al menos el 50% de sus costes de explotación deben cubrirse con ventas. Por ventas se entienden las ventas excluidos los impuestos sobre los productos pero incluidos todos los pagos realizados por las Administraciones Públicas o las Instituciones de la Unión Europea y concedidos a todos tipo de productores del tipo de actividad concreto de que se trate, es decir, que se incluyen todos los pagos vinculados al volumen o al valor de la producción, pero se excluyen los pagos realizados para cubrir un déficit global<sup>261</sup>.

Asimismo, la sociedad debe ser económicamente viable, esto es, la Administración no debe cubrir sistemáticamente sus pérdidas o déficits de explotación y los recursos destinados desde la Administración a la sociedad

---

<sup>260</sup> "El precio recibido de las administraciones públicas es económicamente significativo desde la perspectiva del productor público si éste es sólo financiado con arreglo al volumen de producción que suministra. En este caso, el productor público está actuando como una empresa sometida a las fuerzas del mercado: el resto de su déficit no deberá cubrirse automáticamente y lo lógico en esta situación será cerrar las unidades públicas que no puedan sobrevivir en estas condiciones". Por otro lado el SEC 95 proporciona orientaciones adicionales para aclarar cuándo los precios se deben considerar económicamente significativos (apartado 5,4, aplicación de la norma del 50%). Resumiendo los principales criterios establecidos en este apartado, conviene poner de relieve lo siguiente:

- Cuando una unidad institucional pública recibe pagos de una administración pública en función de los servicios efectivamente prestados por dicha entidad, se considera que esos pagos corresponden a ventas.

- A estos efectos es útil verificar si, además de los pagos, las administraciones públicas cubren sistemáticamente cualquier déficit importante de las unidades públicas.

- A título de ejemplo, el Manual describe los supuestos siguientes: i) Si los precios pagados por las administraciones públicas a los productores públicos por los servicios efectivamente prestados se aplican también a servicios similares (de la misma calidad) prestados por productores privados, que aceptan vender a las administraciones públicas con arreglo a tales precios. ii) Si a falta de productores privados en el mismo tipo de actividad, las administraciones públicas pagan a las unidades públicas por los servicios efectivamente prestados (más que mediante la cobertura de los costes), con el fin de tener una influencia significativa sobre la oferta y la demanda. "Por ejemplo, las administraciones públicas pueden desear, mediante los precios pagados por los diferentes servicios, incitar a las unidades a desarrollar servicios específicos que corresponden a prioridades públicas".

<sup>261</sup> Por costes de producción se entiende la suma de los consumos intermedios, la remuneración de los asalariados, el consumo de capital fijo y otros impuestos sobre la producción.

deben constituir genuinas aportaciones de capital (adquisición de activos financieros).

Debe advertirse igualmente que en la interpretación de estos criterios, como en la mayoría de los casos considerados en el SEC-95, predomina la sustancia económica sobre la forma jurídica a la hora de determinar la naturaleza de la operación.

En España la aplicación práctica de los criterios establecidos en el SEC'95 a efectos de determinar cuándo nos hallamos ante una unidad de mercado es decididamente restrictiva. Cuando se trata de unidades de capital, total o mayoritariamente público que reciben pagos de las Administraciones públicas la regla imperante es considerar que los precios aplicados por estas entidades no son ventas. Ello, aún en el supuesto contemplado en el SEC'95, esto es, que un productor público preste servicios específicos que corresponden a prioridades públicas, y los pagos que recibe de la Administración estén vinculados al volumen de su producción, y no destinados a cubrir un déficit de explotación.

La experiencia dicta que el criterio que se aplica para clasificar una unidad pública como productor de mercado es el requerimiento que como mínimo el 50% de sus costes se cubran con ventas considerando a estos efectos, solamente los ingresos provenientes de los usuarios privados o establecidos a través de un proceso competitivo de mercado.



## CAPÍTULO SÉPTIMO.- LA REGULACIÓN DE LAS INFRAESTRUCTURAS PÚBLICAS EN ESPAÑA.

### I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL MARCO REGULATORIO ESPAÑOL: TÉCNICAS REALES y TÉCNICAS FICTICIAS.

España ha experimentado, al igual que la mayoría de los países europeos de nuestro entorno, un significativo desarrollo en estos últimos años de proyectos de infraestructura en distintos sectores mediante la participación privada en la gestión y la financiación. El incremento de la demanda de infraestructuras basado en la necesidad de recuperar el atraso estructural y de convergencia con Europa (Carbonell Romero *et al*, 1990; Vickerman, 2003)<sup>262</sup> así como en un correlativo crecimiento de la demanda de servicios básicos como el transporte, la sanidad o la educación propias del Estado de Bienestar o las han impulsado la construcción de infraestructuras en todo el territorio nacional con el objetivo del desarrollo económico sostenible y la competitividad (Menéndez Menéndez, 2003: 17 y 18). En este sentido la doctrina ha sido unánime al afirmar la necesidad de mejora general de las infraestructuras en España por su significativo impacto en el desarrollo de la economía en su conjunto (Fuentes Quintana, 1996: 3-12) y su función de soporte imprescindible del crecimiento sostenido de la economía de un país (López Rodó, 1996: 19-31).

El acompasamiento de la creación de nuevas infraestructuras con el aumento de la demanda exige, de acuerdo con Lopez Corral y Sánchez Soliño (2002: 45), grandes recursos financieros que no pueden provenir sólo de los impuestos teniendo en cuenta el objetivo del déficit cero. En el caso de España la capacidad de financiación de bienes y servicios públicos se verá

---

<sup>262</sup> Durante la década de los años 90 del siglo XX la carencia de infraestructuras en red en España era ciertamente acusada y ello contribuía negativamente al crecimiento económico sostenido y a la necesaria cohesión social de la nación. A este respecto puede verse Carbonell Romero, *et. al*. (1990) y Vickerman (2003).

restringida adicionalmente al dejar de ser receptora de fondos europeos como consecuencia de la ampliación de la Unión a nuevos países.

En este escenario, el dilema al que se han enfrentado los poderes públicos ha sido compaginar el inevitable crecimiento de la demanda de infraestructuras, creando capital fijo en la economía como condición indiscutible para no frenar el proceso de crecimiento y desarrollo y la convergencia real con Europa, con las restricciones que experimentan los presupuestos públicos y a tal fin se ha intensificado el recurso a la financiación privada para afrontar nuevos proyectos.

Sin embargo, las exigencias de disciplina presupuestaria emanadas del Pacto de Estabilidad y Crecimiento y de la normativa de Estabilidad Presupuestaria han avivado en los últimos años las prácticas de elusión de las limitaciones al endeudamiento a través de mecanismos extrapresupuestarios o de “prácticas contables creativas”. De manera racional, los gobiernos han reorientado sus políticas de endeudamiento con un doble objetivo. Por un lado, respetar los requisitos legales que establecen topes de déficit y deuda y, al mismo tiempo, mantener unos adecuados niveles de inversión y de prestación de servicios, para los cuales el recurso al crédito resulta fundamental, dada la insuficiencia de los ingresos fiscales y de las transferencias recibidas.

Así, durante los últimos años en España, se han diversificado las formas de provisión de infraestructuras por parte de las Administraciones públicas en un proceso que ha combinado innovación y recuperación de formas tradicionales (González García, 2008: 17). En el marco de la reformas en la acción administrativa introducidas a través de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, se ha producido, por un lado, un resurgimiento masivo de la figura de la concesión para el desarrollo de infraestructuras, principalmente de transporte y sociales, tanto a nivel estatal como, muy especialmente, en los ámbitos autonómico y local, y, más recientemente, la creación de sociedades con capital mixto

público y privado para gestión de proyectos de infraestructuras al estilo de las *joint ventures* británicas<sup>263</sup>.

Al mismo tiempo, sin embargo, se pone de manifiesto una generalización del uso de entidades públicas instrumentales creadas *ad hoc* por el Estado o las Administraciones Territoriales como medio de provisión de las infraestructuras, según el mal denominado “modelo español”<sup>264</sup>. El ya tradicional recurso a esta fórmula ha perseguido la flexibilización del marco de actuación respecto a la normativa y procedimientos administrativos, muy especialmente en el ámbito contractual, así como la huida de los rigores presupuestarios y del control interno ejercidos sobre la Administración General. Su configuración ha ido, sin embargo, evolucionando en el tiempo desde las sociedades instrumentales que actúan como medios propios de la Administración<sup>265</sup>, hasta las entidades de Derecho público sometidas a un

<sup>263</sup> Un ejemplo de ello lo tenemos en el proyecto MADRID CALLE 30. El proyecto licitado por el Ayuntamiento de Madrid consistía en la realización de obras de mejora y reforma y prestación del servicio de gestión integral de la M-30 como un anillo viario protector del centro de Madrid y mejorar su seguridad y funcionalidad. Para ello el objeto de licitación era la participación del sector privado en una sociedad de nueva creación aportando parte del capital necesario para la financiación del proyecto y llevando a cabo la gestión integral del mismo, recibiendo como contraprestación las aportaciones económicas por parte del Ayuntamiento de Madrid en función del cumplimiento de estándares de calidad y disponibilidad. El plazo de duración previsto para el contrato era de 35 años. Sobre esta base se creó la sociedad mixta MADRID CALLE 30 cuya estructura financiera se compone de un 80% de financiación ajena y un 20 % de capital propio, del cual, el 80% es aportado por el Ayuntamiento de Madrid y el 20% es aportado por las empresas privadas adjudicatarias –FERROVIAL y ACS- con 10% cada una. El sistema de remuneración de los servicios integrales de gestión y mantenimiento se basa en una aportación periódica del Ayuntamiento a la sociedad para remunerar dichos servicios y que se asienta sobre el traslado del riesgo de disponibilidad y calidad de manera que el importe de los pagos dependerá del grado de cumplimiento por la sociedad de los estándares previstos en el contrato. Con dichos ingresos la sociedad hace frente al servicio de deuda con las entidades financieras y el pago de las certificaciones de obra y renueva mediante dividendos la aportación de capital de los socios privados y el ayuntamiento.

<sup>264</sup> Como apunta González García (2008: 19) “se podría decir incluso que es un exceso de patriotismo jurídico ya que no es un modelo creado en nuestro país ni es el único en el que se está aplicando”.

<sup>265</sup> La realización de infraestructuras a través de medios propios o instrumentales de la Administración ha venido articulándose mediante la figura del encargo o la encomienda de gestión. Prescindiendo de antecedentes más remotos, cuyo detalle puede encontrarse en Hernando Orejana (1998: 17-42), la introducción de la figura de la encomienda de gestión en nuestro Derecho positivo se produce gracias al artículo 15 de la Ley 30/1992, de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. La LRJPAC viene a configurar una nueva categoría jurídico-administrativa entre las técnicas de ejercicio y traslado de competencias, que aparecen tradicionalmente dominadas por las



figuras de la delegación y la desconcentración. Esta figura permite articular las relaciones entre órganos y entidades, de la misma o de distintas Administraciones sin cesión de titularidad de la competencias ni de los elementos sustantivos de su ejercicio, ya que se ciñe a la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios y no desplaza la responsabilidad del órgano o entidad encomendante de dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre la concreta actividad material objeto de encomienda.

La naturaleza esencialmente económica, y por lo tanto contractual, del objeto de la encomienda de gestión, hace inmediata invocación de la legislación sobre contratación pública. Ni la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, ni su posterior Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), hacen referencia a la encomienda de gestión al abordar la cuestión de su ámbito de aplicación, si bien un cambio trascendental se producirá con la nueva redacción del artículo 3.1.º del TRLCAP introducida por el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, que deja fuera de ese ámbito “las encomiendas de gestión que se realicen a las entidades y a las sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración pública”. Se introduce así en la legislación española sobre contratación pública la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) del denominado *in house providing*, que permite la realización de encargos de prestaciones a entes propios o instrumentales, aun cuando su objeto sea el propio de un contrato típico, directamente, sin aplicar la legislación contractual y al margen de las normas de libre competencia, al tener los entes en cuestión la consideración de medios propios de la entidad que realiza el encargo. Como nos recuerda Gimeno Feliú (2006) “la cuestión, ha tenido respuesta en la jurisprudencia del TJCE, quien analiza ya esta posibilidad en la sentencia de 18 de noviembre de 1998, admitiéndose en la sentencia Teckal, (a la que se alude en los apartados 38 y 39 de la STJCE de 13 de enero de 2005) dictada por la Sala Quinta del TJCE con fecha 18 de noviembre de 1999, en el asunto C-107/98, tramitado como consecuencia de la petición dirigida al TJCE por el *Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia-Romagna* (Italia), destinada a obtener, en el litigio pendiente en ese órgano entre Teckal SRL, de una parte, y Comune di Viano y Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, una decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 6 de la Directiva 92/50/CEE, del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios. En esta relevante sentencia, el TJCE declaró lo siguiente:

*“46. El municipio de Viano, como ente territorial, es una entidad adjudicadora en el sentido del artículo 1, letra b), de la Directiva 93/36. Por consiguiente, corresponde al Juez nacional verificar si la relación entre dicho municipio y la AGAC reúne también los demás requisitos exigidos por la Directiva 93/36 para constituir un contrato público de suministro.*

*47. Así será, con arreglo al artículo 1, letra a), de la Directiva 93/36, si se trata de un contrato celebrado por escrito a título oneroso que tiene por objeto, en particular, la compra de productos.*

*48. Consta en el caso de autos que la AGAC suministra productos, a saber, combustible, al municipio de Viano mediante pago de un precio.*

*49. Por lo que se refiere a la existencia de un contrato, el Juez nacional debe verificar si ha existido un convenio entre dos personas distintas.*

*50. A este respecto, conforme al artículo 1, letra a), de la Directiva 93/36, basta, en principio, con que el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona jurídicamente distinta de éste. Sólo puede ser de otra manera en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan.*

régimen de Derecho privado en su actuación<sup>266</sup>, y las sociedades mercantiles privadas de gestión de obras públicas como por ejemplo las sociedades de gestión de carreteras y obras hidráulicas<sup>267</sup>.

---

*51. Por consiguiente, procede responder a la cuestión prejudicial que la Directiva 93/63 es aplicable cuando una entidad adjudicadora, como un ente territorial, proyecta celebrar por escrito, con una entidad formalmente distinta de ella y autónoma respecto a ella desde el punto de vista decisorio, un contrato a título oneroso que tiene por objeto el suministro de productos, independientemente de que dicha entidad sea o no, en sí misma, una entidad adjudicadora”.*

Doctrina que se confirma en la sentencia de 7 de diciembre de 2000, “Arge”, (y en la más reciente de 10 de noviembre de 2005, Comisión Contra República de Austria) al afirmar que los organismos públicos pueden ser adjudicatarios de contratos públicos regulados por las Directivas, sin que ello implique, en principio, infracción del principio de igualdad de todos los licitadores: “El mero hecho de que la entidad adjudicadora permita participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios a tales organismos no constituye ni una discriminación encubierta ni una restricción contraria al artículo 59 del Tratado CE (actualmente artículo 49 CE, tras su modificación)”.

Con las modificaciones necesarias para reajustar de nuevo la figura a la jurisprudencia comunitaria, esta exención aparece consolidada en el artículo 4.1.n) de la reciente Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), cuando excluye de su ámbito de aplicación los “negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación. El caso más generalizado ha sido la utilización por el Estado y Comunidades Autónomas de la empresa TRAGSA para la realización de todo tipo de trabajos en el ámbito infraestructural, si bien, posteriormente han ido proliferando numerosos entes y empresas públicas declaradas como medios propios para la ejecución de encomiendas al margen de la normativa contractual.

<sup>266</sup> Caso de las entidades públicas empresariales Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA), Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) o, en el ámbito autonómico, MINTRA, GEDESMA, ARPEGIO, en la Comunidad de Madrid, GISA en Cataluña o GIASA y EGMASA en Andalucía.

<sup>267</sup> Creadas a partir de la previsión del artículo 158 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social que establece lo siguiente: “Uno. Se autoriza al Consejo de Ministros a constituir una o varias sociedades estatales de las previstas por el artículo 6.1.a) del texto refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, cuyo objeto social sea la construcción y/o explotación de las carreteras estatales que al efecto determine el propio Consejo de Ministros. Dos. Las relaciones entre la Administración General del Estado y las sociedades estatales a las que se refiere el apartado anterior se regularán mediante los correspondientes convenios, previo informe favorable del Ministerio de Economía y Hacienda que habrán de ser autorizados por el Consejo de Ministros y en los que se preverán, al menos, los siguientes extremos:

- a) El régimen de construcción y/o explotación de las carreteras estatales de que se trate.
- b) Las potestades que tiene la Administración General del Estado en relación con la dirección, inspección, control y recepción de las obras, cuya titularidad corresponderá en todo caso a la misma.
- c) Las aportaciones económicas que haya de realizar la Administración General del Estado a la sociedad estatal, a cuyo efecto aquélla podrá adquirir los compromisos plurianuales de gasto que resulten pertinentes, sin sujeción a las limitaciones establecidas por el artículo 61

No obstante, la supuesta ganancia de eficiencia que se derivaría de un modelo de gestión pública basado en la proliferación de entes instrumentales o empresas públicas y que, como corolario del principio constitucional de eficacia administrativa se esgrime como justificación última de tal modelo, no es compartida por autores como Valdés Díaz (1995: 72-79) e Iturriaga Nieva (1997: 65-68), para quienes la forma jurídica de una entidad o su mayor desvinculación de la correspondiente Administración General tendría poco o nada que ver, *a priori*, con la eficacia y eficiencia de sus actuaciones<sup>268</sup>.

---

*del texto refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre. Lo dispuesto en esta letra se entiende, en todo caso, sin perjuicio de las aportaciones que la sociedad estatal pueda recibir de otros sujetos públicos o privados, en virtud, en su caso, de la conclusión de los correspondientes convenios.*

*d) Las garantías que hayan de establecerse en favor de las entidades que financien la construcción y/o explotación de las carreteras estatales. Tres. (...)*

*Cuatro. Será de aplicación el apartado dos de este artículo a cualesquiera relaciones que la Administración General del Estado establezca con otras empresas públicas para la construcción y/o explotación de carreteras estatales y el apartado tres de este artículo a los contratos que las citadas empresas públicas concluyan con terceros para la construcción y/o explotación de carreteras estatales.*

*Cinco. La autorización prevista en el apartado uno, se extiende igualmente a la constitución de sociedades estatales que tengan por objeto la construcción, explotación o ejecución de obra pública hidráulica. También resultarán de aplicación a las relaciones de estas sociedades estatales con la Administración General del Estado, y a los contratos que concluyan con terceros, los apartados dos y tres del presente artículo".*

Bajo estas previsiones, y su incorporación al artículo 132 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas, se constituyeron, a partir de 1997, las sociedades estatales de obras hidráulicas siguientes: Aguas de la Cuenca del Ebro S.A., Aguas de la Cuenca del Guadalquivir S.A., Aguas de la Cuenca del Norte S.A., Aguas de la Cuenca del Segura S.A., Aguas de la Cuenca del Sur S.A., Aguas de la Cuenca del Tajo S.A., Aguas de las Cuencas Mediterráneas S.A., Aguas del Júcar S.A., Aguas del Duero S.A., Canal de Navarra S.A., Depuradora del Baix Llobregat S.A. y Sociedad "Canal de Segarra-Garrigues" S.A. Asimismo, a través del artículo 99 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, se autorizó a creación de sociedades estatales para la ejecución de infraestructuras de modernización y consolidación de regadíos que se contemplen en el Plan Nacional de Regadíos, en particular, la Sociedad Estatal de Infraestructuras Agrarias del Norte S.A., la Sociedad Estatal de Infraestructuras Agrarias del Nordeste S.A., la Sociedad Estatal de Infraestructuras Agrarias de la Meseta Sur S.A. y la Sociedad Estatal de Infraestructuras Agrarias del Sur y del Este S.A.

Finalmente, por Acuerdo del Consejo de Ministros del 29 de julio de 2005 y constituida el 30 de noviembre de 2005, la Sociedad Estatal de Infraestructuras del Transporte Terrestre (SEITT) se crea inicialmente para la gestión de las carreteras y, tras la ampliación de su objeto social, la de todas las infraestructuras en el ámbito del transporte terrestre.

<sup>268</sup> Otros autores como Ezquiaga Domínguez (1999: 193-230) sí defienden la creación de estas entidades descentralizadas, pero establece dos condiciones para que realmente mejore

En efecto, la pretendida aportación suplementaria de eficiencia en la provisión de infraestructuras por la utilización de entes o sociedades interpuestas plantea no pocas dudas<sup>269</sup>. Como nos recuerda González García (2008: 42) “el recurso a la eficiencia aparece en los actos de creación de la sociedad de forma apodíctica, sin justificación concreta ulterior. Esto es, no basta, en mi opinión, con la afirmación de que un procedimiento resulta más eficiente sino que hay que proporcionar razón de porqué es así”. Según el propio autor ello conduce a dos cuestiones en absoluto menores: si las estructuras administrativas tradicionales son más ineficientes en la gestión de obras públicas, bien por razones de calidad o económicas ¿por qué no se aborda primero dicho problema modificando su proceder hacia un modelo más eficiente en lugar de crear nuevas entidades o sociedades públicas en el mismo ámbito de gestión? y, asimismo, ¿cómo es entonces posible que continúen construyendo y gestionando directamente infraestructuras una vez que dicha función ha sido encomendada a uno de aquellos entes o

---

la gestión pública. En primer lugar, que las operaciones de estas entidades se orienten con criterios de mercado y eficiencia, sea cual sea su forma jurídica. En segundo lugar, que las operaciones de endeudamiento que llevan a cabo estos nuevos entes se adecuen temporalmente a los plazos de amortización de las inversiones que financian. Si se dan estas dos condiciones, se permitiría a las Administraciones Públicas con cierto nivel de endeudamiento acumulado [...] promover infraestructuras y mejoras de calidad en los servicios públicos sin dañar la sostenibilidad de las finanzas públicas.

<sup>269</sup> Según González García (2008: 42) la eficiencia de estas sociedades instrumentales, tanto en el plano de la agilidad de los procedimientos de actuación, especialmente respecto de la actividad contractual, como en el económico-presupuestario, se ha visto seriamente disminuida. En el primer caso, la LCSP, en consonancia con la jurisprudencia comunitaria, ha modificado sustancialmente el régimen contractual aplicable a las sociedades mercantiles públicas la condición de poder adjudicador cuando la participación pública sea de, al menos, el 50% (artículo 3). Ello ha elevado el grado de sujeción de la actividad de estas sociedades de obras públicas a la normativa contractual respecto a la exigida por la legislación de contratos anterior –disposición adicional 6 del TRLCAP- que se limitaba al cumplimiento de los principios de publicidad y concurrencia y, por ello, eliminado en parte el régimen flexible y ágil de que disfrutaban dichas sociedades en su actuación. Asimismo, el contenido de los convenios que regulan las encomiendas a estas sociedades instrumentales y establecen el marco relacional con la Administración matriz prevén unos procedimientos de actuación marcadamente tutelados por ésta última y rebajan decisivamente la autonomía de acción y decisión de la sociedad (como ocurre, por ejemplo, en el convenio entre el Ministerio de Fomento y la SEITT). En cuanto al ámbito presupuestario, la supuesta flexibilidad en el procedimiento de ejecución presupuestaria, propia de los entes y sociedades con presupuesto estimativo y no limitativo, se ve seriamente limitada en la práctica por previsiones de los propios convenios de encomienda tendentes a la aplicación de normas de procedimiento propias de la Administración matriz, así como a un régimen de autorizaciones o comprobaciones a que dicha Administración someterá las actuaciones de la sociedad con carácter previo a cualquier abono.

sociedades? (González García, 2008: 46). No podemos estar más de acuerdo con este planteamiento.

Más bien, desde el punto de vista de las restricciones presupuestarias, al igual que ha ocurrido con el modelo concesional, lo esencial ha sido que la participación del sector público a través de estos entes o sociedades de naturaleza pública suponga una inversión financiera que no compute como gasto público a efectos de estabilidad presupuestaria de acuerdo a los criterios contables anteriormente analizados. La no consolidación de estas entidades en el sector *administraciones públicas* permitirá el recurso al endeudamiento para financiar las inversiones en infraestructuras sin que ello tenga impacto en la necesidad de financiación de la Administración matriz. Tal consideración a efectos de contabilidad nacional no impide, sin embargo, su calificación a efectos regulatorios como una provisión pública directa.

Como ha señalado (Fernández Llera, 2005: 7), las Comunidades Autónomas no han sido una excepción a este comportamiento, también conocido como *efecto desplazamiento* y sobre el que la autoridad estadística europea Eurostat ha alertado reiteradamente, dado el potencial peligro que estos comportamientos elusivos suponen para la sostenibilidad de las finanzas públicas a medio plazo. Uno de los canales de elusión más utilizados por aquellas en los últimos años ha sido la creación de organismos y entes descentralizados, pero sobre todo de empresas públicas. El objetivo de este planteamiento ha sido en muchos casos la no inclusión de estas entidades dentro del ámbito subjetivo del sector de Administraciones Públicas y, por tanto, la exclusión de su endeudamiento del cómputo general.

Ello plantea un cierto clima de confusión en el escenario regulatorio español que parece apuntar a la dilución de prioridades y objetivos en las políticas públicas de provisión de infraestructuras en los últimos años. A la ya mencionada vigorización de la regulación contractual a través de la figura de la concesión de obra pública con mecanismos de pago que alivian la carga social que suponen las tarifas abonadas por los usuarios, se une la creciente

apuesta por la provisión pública mediante entidades instrumentales, entes sometidos a Derecho privado o sociedades mercantiles creadas específicamente para la gestión del ámbito infraestructural en los mismos sectores.

Esta dicotomía en la estrategia regulatoria, en absoluto nueva por otro lado ya que tradicionalmente han convivido en España las concesiones de obra pública -autopistas de peaje, por ejemplo- y la regulación institucional mediante la creación de entidades interpuestas, apunta ahora a un desenfoque en los objetivos de la regulación. Queremos decir que, asegurando en ambos casos que los activos quedarán fuera del balance de la Administración Pública de acuerdo a las normas de SEC'95 aplicables a las relaciones contractuales o institucionales respectivamente, ambas estrategias regulatorias se utilizan indistintamente como medio de multiplicación de las infraestructuras públicas, incluso del mismo tipo y sector, sin impacto en el déficit y, por ello, sin la carga política de un incumplimiento del objetivo de estabilidad.

En tal sentido el proceso de privatización iniciado en 1996 mediante la flexibilización de los mecanismos de participación privada en la ejecución y financiación de obras públicas o el sometimiento de tales acciones públicas a un régimen de Derecho privado no se ha orientado a una mejora generalizada de la eficiencia en el marco regulatorio sino, más bien, a la mera obtención de financiación extraordinaria sin afectación al objetivo de estabilidad presupuestaria.

Así, como veremos más adelante, la potenciación de los esquemas concesionales, lejos de responder a la búsqueda de una mayor eficiencia a través de la competencia *ex ante* y de criterios colaborativos en la articulación relacional del proyecto, obedecen a una motorización de la licitación de obras infraestructurales sin la servidumbre financiera y contable que supondría su asunción por la propia Administración. Y lo mismo puede decirse del desplazamiento de la acción pública hacia entes instrumentales, entes

públicos de derecho privado o sociedades mercantiles cuya justificación bien puede decirse que, más que el supuesto incremento de la eficiencia en la provisión pública, responde a la elusión de las normas presupuestarias, de control y de contratación propias de la Administración General y la no consolidación de sus inversiones en el balance de ésta (Fernández Llera, 2005: 8).

Un planteamiento regulatorio de cuyos enormes riesgos y debilidades hemos tenido ya buena prueba en nuestro país<sup>270</sup>.

---

<sup>270</sup> Nos referimos al caso de la empresa pública instrumental MINTRA (Madrid, Infraestructuras del Transporte) creada por la Comunidad de Madrid por Ley 22/1999, de 21 de diciembre, de Creación del Ente de Derecho Público MINTRA, para la ejecución y gestión de las infraestructuras de transporte, en especial ferroviario, en el territorio de la Comunidad. En 2001 asumió la construcción y administración de la infraestructura y el material móvil de metro "METROSUR" estableciendo su posterior arrendamiento a METRO de MADRID S.A. mediante contrato de arrendamiento de infraestructuras entre METRO y MINTRA de 26 de diciembre de 2001, cuando la mayoría de las infraestructuras estaban en fase de construcción, fijándose en su Anexo III las cantidades a abonar por METRO en concepto de uso de las infraestructuras, que estaban vinculadas al calendario de ejecución de las obras, así como al nivel de su utilización. La inicial clasificación de MINTRA como unidad de mercado a efectos de contabilidad nacional y, por tanto, la no consolidación de sus cuentas en los balances de la Comunidad de Madrid, permitió que el importe de la inversión en METROSUR y el endeudamiento tomado para su ejecución no afectaran a los límites de déficit y deuda de la Ley de Estabilidad presupuestaria. El 3 de febrero de 2005 Eurostat comunicó al Instituto Nacional de Estadística que MINTRA debería ser clasificada como unidad pública del sector Administraciones Públicas, de acuerdo con los criterios que se exponen en dicha notificación. Sobre la base de las cuentas de MINTRA de 2003, la decisión se centró en la relación entre las cantidades pagadas por el Consorcio Regional de Transportes (CRTM) a METRO y si la cuantía de los ingresos que recibe Mintra por el contrato de arrendamiento con METRO podrían ser considerados como ventas. Eurostat concluyó que:

- El único ingreso recibido por MINTRA proviene del arrendamiento con METRO.
- Las cantidades están prefijadas. En estas circunstancias, no parece que correspondan a precios de mercado y no pueden por tanto ser consideradas como ventas.
- El incremento del coste del METRO, especialmente en 2003, contando las cantidades pagadas a MINTRA por el uso de la infraestructura no ha quedado reflejado en sus ingresos, pero ha supuesto una mayor cantidad de ayudas recibidas del CRTM. Por tanto, la cantidad total de pagos del Consorcio al Metro permanece vinculada a los costes de esta empresa, por lo cual el precio de los servicios proporcionados por MINTRA al METRO no es significativo desde el punto de vista económico. El gobierno ha decidido financiar esta unidad pública (METRO) con respecto a servicios suministrados actualmente por puras razones administrativas.
- Además, la cantidad total de pagos del CRTM continua vinculada a los costes de la empresa, por ello, el precio de los servicios provistos por MINTRA a METRO no son económicamente significativos. La Comunidad de Madrid ha decidido financiar el METRO respecto de los servicios provistos actualmente por razones puramente administrativas.

Más aún, en la práctica administrativa actual existen frecuentes ejemplos de la utilización de ambas fórmulas regulatorias –concesión y entidades instrumentales- de forma simultánea o coincidente. Es el caso de empresas o entes públicos creados para construir y gestionar infraestructuras que recurren a su vez a la licitación de concesiones para dichos proyectos o bien la superposición de diversas formas de entes instrumentales y un contrato de concesión sobre el mismo objeto, lo cual, además de su gran complejidad, supone un modelo cuestionable desde el punto de vista de la eficiencia<sup>271</sup>.

Como concluye Ruiz Ojeda (2002: 174) de forma llana “en el ámbito organizativo nos encontramos con lo de siempre: entidades instrumentales concebidas para eludir controles presupuestarios y camuflar endeudamiento.

- 
- En la situación actual hay evidencia de que MINTRA es el único proveedor de servicios y METRO es el único cliente. Entonces MINTRA no tiene ningún poder contractual contra METRO, y no hay mercado.

Con independencia de lo acertado de la decisión de Eurostat y su sistema para determinar la consolidación o no de operaciones o entidades, y cuyas críticas motivaron el recurso interpuesto por la Comunidad de Madrid y MINTRA contra la Comisión (asunto T-148/05 DOCE de 11 de abril de 2005), la conclusión que puede obtenerse de este caso es que la creación de entidades instrumentales con la única finalidad de eludir la consolidación en las cuentas públicas de la inversión y la deuda correspondientes a una infraestructura supone un grave riesgo en el caso de que, como señala González García (2008: 36) “la apariencia de separación real se difumina y aparece la realidad”. La utilización de la ingeniería contable en contratos y personificaciones jurídicas con el fin único de la desconsolidación, no existiendo un sustrato económico que revele un auténtico escenario “de mercado”, se convierte en una práctica imprudente y, no por habitual, debe ser generalmente admitida (González García, 2008: 36).

<sup>271</sup> Sirva como ejemplo el de algunos Hospitales de la Comunidad de Madrid cuya construcción y explotación son objeto de un contrato de concesión de obra pública sin incluir el servicio sanitario, el cual se continuaba desarrollando por el ente de Derecho público Servicio Madrileño de Salud (SERMAS), dependiente de la Consejería de Sanidad, y que a partir de la creación de las denominadas empresas públicas hospitalarias la gestión de cada hospital y la prestación del servicio sanitario se encomienda a la correspondiente empresa pública dependiente de la Comunidad de Madrid. Así, por el artículo 12 de la Ley 4/2006, de 22 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid, se crearon seis Empresas Públicas adscritas a la Consejería de Sanidad -Empresa Pública “Hospital del Norte”; Empresa Pública “Hospital de Vallecas”; Empresa Pública “Hospital del Sur”; Empresa Pública “Hospital del Sureste”; Empresa Pública “Hospital del Henares” y Empresa Pública “Hospital del Tajo”- con la finalidad de llevar a cabo la gestión y administración de los respectivos hospitales y prestar asistencia sanitaria especializada a las personas incluidas en el ámbito geográfico y poblacional que le sea asignado, así como aquellas otras funciones específicas que, relacionadas con su objeto, le sean encomendadas. De esta manera se establecen tres niveles públicos para la gestión de cada hospital y el servicio sanitario que en él se desarrolla –Consejería de Sanidad, ente de Derecho público SERMAS y empresas públicas hospitalarias- y, asimismo, se prevé la concesión de la construcción y explotación de los mismos.



En el de la licitación y adjudicación de concesiones, reparto de la tarta como buenos hermanos y con la música de la competencia a otra parte". Y todo ello justificado bajo el ya tópico recurso a las nuevas fórmulas de colaboración público-privada que, como se intenta demostrar en este trabajo, poco o nada tienen que ver con la soluciones simplistas que se han acogido indiscriminadamente en nuestro país.

## **II. APROXIMACIÓN AL PANORAMA REGULATORIO ESPAÑOL EN LOS PRINCIPALES SECTORES INFRAESTRUCTURALES.**

Para el el análisis de la regulación existente en los distintos sectores afectados por el desarrollo de infraestructuras públicas nos debemos centrar únicamente en aquellos en los que la situación de monopolio reserva al sector público la responsabilidad de provisión de los infraestructuras y servicios necesarios, y por ello, son susceptibles de acoger fórmulas de participación privada. Nos referiremos, por tanto, a los transportes terrestres, tanto por carretera como ferroviario y especialmente en el ámbito local o urbano, así como a las infraestructuras portuarias o aeroportuarias a las que hacemos referencia de forma más somera<sup>272</sup>.

Fuera del ámbito del transporte el análisis se centrará en las infraestructuras hidráulicas para el suministro de agua, saneamiento o tratamiento de residuos y las infraestructuras sociales, en particular en el ámbito sanitario, dónde la presencia privada ha experimentado un mayor desarrollo.

Caso distinto es el de las infraestructuras en los sectores de la energía – electricidad<sup>273</sup>, gas<sup>274</sup> e hidrocarburos<sup>275</sup>- y las telecomunicaciones<sup>276</sup> que

---

272 Pa ra la profundización en el marco regulatorio de los transportes en España y, en particular, la introducción de la competencia y los esquemas de participación privada puede verse a Fernández Farreres (2004) e Izquierdo y Vasallo (2004).

<sup>273</sup> El sector eléctrico ha experimentado una profunda transformación en su esquema regulatorio. A raíz de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, se abandona la noción de servicio público, sustituyéndola por la expresa garantía del suministro a todos los consumidores demandantes del servicio dentro del territorio nacional. La explotación unificada del sistema eléctrico nacional deja de ser un servicio público de titularidad estatal

quedan fuera de las estrategias de solución al monopolio al encontrarse inmersos en escenarios de libre competencia regulada. En dichos sectores, la regulación de las infraestructuras se ve condicionada decisivamente por la liberalización llevada a cabo en los últimos años, de tal manera que la construcción y explotación de las infraestructuras en red necesarias para la prestación del servicio queda a iniciativa de las sociedades promotoras existentes en el mercado si bien condicionada a la planificación y autorización administrativas así como a la garantía pública de acceso de terceros a las instalaciones de la red básica y a las instalaciones de transporte y distribución

---

desarrollado por el Estado mediante una sociedad de mayoría pública y sus funciones son asumidas por dos sociedades mercantiles y privadas, responsables respectivamente, de la gestión económica (operador del mercado) y técnica del sistema (operador del sistema -RED ELÉCTRICA de ESPAÑA S.A.-). La planificación estatal, por último, queda restringida a las instalaciones de transporte, buscando así su imbricación en la planificación urbanística y en la ordenación del territorio. El efecto liberalizador se completa mediante la separación vertical de actividades entre competitivas y no competitivas y el establecimiento de un régimen jurídico diferente. Así se liberalizan las primeras -generación y comercialización- introduciendo las libertades de acceso al mercado y a las infraestructuras, de inversión, de instalación y de formación de precios mediante un funcionamiento en competencia. Las segundas -transporte y distribución- mantienen su carácter de monopolio natural, no sólo por la existencia de una red eléctrica única que implicaría la ineficiencia económica de su duplicación, sino también por razones medioambientales. En ellas se establece un estatuto jurídico regulado que impone administrativamente la fijación de los precios y la autorización de construcción o ampliación de infraestructuras, si bien, se liberaliza el acceso a dichas redes aboliendo cualquier derecho en exclusiva. Respecto de la red de transporte, los transportistas serán titulares de las infraestructuras y para su construcción o ampliación deberán elevar propuesta al operador del sistema para la obtención, a su vez, de la oportuna autorización administrativa previo informe de la Comisión Nacional de la Energía. Asimismo, las redes de distribución serán propiedad de las empresas distribuidoras en cada zona de distribución eléctrica que actuarán como gestoras de la red y se encargarán del mantenimiento de la misma. Un detallado estudio de la regulación del sistema eléctrico puede encontrarse en Cruz Ferrer (2006, 2007).

<sup>274</sup> Para un estudio en profundidad sobre la regulación del sector del gas puede verse a González Salinas (1997: 169-413), Ariño Ortiz y Del Guayo Castiella (2000: 95-154).

<sup>275</sup> Respecto del sector de los hidrocarburos la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos consagró la tendencia a la liberalización del mercado estableciendo la libertad de actividad respecto de la fabricación, almacenamiento, transporte, distribución y comercialización de productos derivados del petróleo, gases combustibles por canalización y gas natural, con sometimiento a las preceptivas autorizaciones administrativas previstas en la Ley así como a la coordinación y supervisión del gestor del sistema, en el caso del gas natural, y la Comisión Nacional de la Energía como órgano regulador del sector.

<sup>276</sup> Mediante la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, se da cumplimiento a las directivas comunitarias que establecían unos plazos máximos para la liberalización y apertura a la competencia del mercado de telecomunicaciones en España y se acomoda la normativa vigente en la materia a dichas exigencias modificando para ello la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones y la de las Telecomunicaciones por Cable, creándose la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para regular el sector.

en las condiciones técnicas y económicas establecidas, como únicos aspectos bajo regulación pública (Ariño, De la Cuétara y López-Muñoz, 1997: 27 y ss.)<sup>277</sup>. Por ello su análisis queda fuera de nuestro ámbito de estudio.

## 1. TRANSPORTES TERRESTRES.

El sector del transporte<sup>278</sup> ha sido, probablemente, el que ha experimentado un mayor desarrollo de proyectos de infraestructuras con gestión y financiación privadas en los últimos años y en el que mejor puede apreciarse las consideraciones efectuadas hasta el momento<sup>279</sup>. A nivel estatal el Plan Estratégico de Infraestructuras de Transporte (PEIT) 2005-2020 elaborado por el Ministerio de Fomento y aprobado por Acuerdo de Consejo de Ministros de 15 de julio de 2005, ya contempla entre los distintos mecanismos de financiación de las infraestructuras de transporte el recurso a la asociación entre el sector público y el privado como medio para conciliar la necesidad de inversiones infraestructurales con la necesidad de mantener la disciplina presupuestaria<sup>280</sup>.

---

<sup>277</sup> Precisamente el libre acceso de terceros a las infraestructuras básicas de la red se constituye como una de las libertades propias de las actividades competitivas y una de las condiciones para la existencia misma del mercado y, por ello, para la eficacia de cualquier proceso de liberalización (Ariño, De la Cuétara y López-Muñoz, 1997: 27 y ss).

<sup>278</sup> Una visión general de la regulación pública en el sector de transporte terrestre en España puede encontrarse en Izquierdo y Vasallo (2004) y en Izquierdo Llanes y Fernández Sánchez (2004: 539-576).

<sup>279</sup> En el Plan General de Infraestructuras del Estado 2000-2006 se preveía una inversión total en infraestructuras para todas las administraciones públicas durante el periodo de 192.300 millones de euros, de los cuales el 60% se refería a infraestructuras de transporte, la gran mayoría, e hidráulicas. <http://www.fomento.es>.

<sup>280</sup> Apartado 8 "Marco económico y financiero del Plan Estratégico de Infraestructuras de Transporte (PEIT)": *"Los modelos de financiación público-privada en infraestructuras, no siendo absolutamente novedosos, han adquirido especial relevancia en las últimas décadas, tanto en el ámbito comunitario como en el no comunitario, unidos generalmente al denominador común de las restricciones presupuestarias y la necesidad creciente de disponer de más y mejores infraestructuras. En el caso de España, el esquema de colaboración público-privada (PPP), ha pasado por igual proceso. En la última década se ha incrementado sustancialmente el volumen de infraestructuras cuya construcción ha sido financiada con aportación de recursos privados. Es en la construcción de autovías, autopistas y puertos donde más han encontrado eco las fórmulas PPP en España.*

La fórmula utilizada preferentemente hasta el día de la fecha es la del régimen concesional, encuadrable dentro de las fórmulas tipo puramente contractual a las que se refiere el Libro

En un enfoque eminentemente financiero y de escaso rigor conceptual se establecen las alternativas regulatorias en función de las fuentes de financiación necesarias para cada una de las fórmulas. Así, como alternativa a la más tradicional financiación con cargo a los Presupuestos, con el componente esencial que representaban los Fondos Comunitarios<sup>281</sup>, se conciben las modalidades de financiación extrapresupuestaria como una solución creciente frente a las restricciones presupuestarias cada vez más acuciantes. En este apartado se consideran una serie de instrumentos o mecanismos para la provisión de infraestructuras con financiación en todo, o al menos en gran parte, proveniente del mercado financiero privado. Se trata básicamente de instrumentaciones soportadas por la generación de recursos

---

Verde sobre la Colaboración Público Privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones (COM (2004) 327). Las necesidades inversoras que se suscitan para hacer frente tanto a los distintos programas en actual fase de ejecución como a los futuros programas que resulten del desarrollo del PEIT requieren aprovechar adecuadamente la potencialidad de estos modelos de concertación público-privada". Disponible en: <http://www.fomento.es>

<sup>281</sup> Apartado 8.3.1 PEIT *"Los Presupuestos han sido, y continúan siendo, la mayor fuente de financiación, aunque a medida que se han ido constituyendo los diferentes entes y éstos han ido alcanzando capacidad de autofinanciación con sus propios ingresos y endeudamiento, el peso sobre los Presupuestos ha ido disminuyendo. En la actualidad, prácticamente sólo los modos de carretera y ferrocarril recurren a esta fuente de financiación; el primero básicamente a través de la Dirección General de Carreteras, junto a la participación privada vía concesión, y el segundo a través de la Dirección General de Ferrocarriles y parcialmente a través de las Entidades Públicas ADIF, RENFE Operadora y FEVE, en la medida en que estos últimos tienen capacidad de autofinanciación, incluyendo posible endeudamiento"*.

A este respecto debe resaltarse que una parte importante de la financiación en el último cuatrienio, del orden del 20% de la inversión total, provenía de ayudas europeas (Fondo Europeo de Desarrollo Regional -FEDER-, Fondos de Cohesión, Ayudas a las Redes Transeuropeas de Transporte, Espacio Económico Europeo y convocatorias puntuales de la Comisión Europea), siendo los más importantes los Fondos de Cohesión y Fondos FEDER.

Estos Fondos se asignan a proyectos tanto de la Administración General del Estado (Ministerios de Medio Ambiente, Fomento y otros), como de otras Administraciones Públicas (autonómicas y locales) y de organismos y empresas vinculadas a cualquiera de estas Administraciones. A España le corresponde en el periodo de programación de fondos 2000-2006 entre el 61 y el 63,5% del total de Fondos de Cohesión, cifra que asciende a 18.000 millones de euros (en precios de 1999). Esto supone aproximadamente 11.160 millones de euros, de los cuales, aproximadamente la mitad son destinados a infraestructuras de transporte. En cuanto al FEDER, en el mismo periodo el volumen asignado a España asciende a unos 30.000 millones de euros, de los que alrededor de un tercio se aplican a proyectos de infraestructuras de transporte, correspondiendo al Ministerio de Fomento unos recursos de 6.800 M. Puede consultarse en:

[http://www.fomento.es/MFOM/LANG\\_CASTELLANO/DIRECCIONES\\_GENERALES/CARRETERAS/PEIT/PEIT2005Capitulo08\\_pdf.htm](http://www.fomento.es/MFOM/LANG_CASTELLANO/DIRECCIONES_GENERALES/CARRETERAS/PEIT/PEIT2005Capitulo08_pdf.htm).

con cargo al usuario de la infraestructura mediante la fórmula de la concesión, así como basadas en la creación de entes públicos *ad hoc*<sup>282</sup>.

#### A. La fórmula concesional en el transporte terrestre.

Por un lado, las fórmulas de gestión y financiación privada han tenido su aproximación más clara a través del crecimiento de las concesiones, al amparo de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, que regula el Contrato de Concesión de Obra Pública y que se concentra principalmente en el uso de esta fórmula en carreteras, infraestructuras portuarias, así como, en menor medida, en el sector ferroviario tras el lanzamiento de la primera concesión en 2004 para el tramo Figueras-Perpiñán.

El caso de las autopistas de peaje es especialmente significativo al ser el primer sector que contó en nuestro Derecho con una regulación específica en materia de concesiones por cuanto ya venía recogido en la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, como modelo tradicional de concesión autofinanciada mediante el abono de los peajes por los usuarios a la sociedad concesionaria (Menéndez Menéndez, 2002: 39). Sucesivas modificaciones normativas fueron adaptando el concepto original, más limitado, a las necesidades del mercado y flexibilizando su tratamiento<sup>283</sup>.

---

<sup>282</sup> Asimismo se incluye la financiación mediante concesiones de dominio público y la financiación cruzada, en la que una infraestructura se financia con los recursos generados por otra siendo ambas parte de un contrato entre el Estado y un agente privado. En estos casos la fuente de los recursos se puede articular con cargo al usuario o mediante peaje sombra (contribuyentes), de manera que hay que acudir al modelo elegido para determinar los efectos en términos de gasto público.

<sup>283</sup> En particular, respecto del régimen social de las sociedades concesionarias la Ley 13/1996, de 30 de diciembre primero y la Ley 55/1999, de 29 de diciembre después, vinieron a modificar la inicial redacción de la Ley 8/1972 para permitir que formaran parte del objeto social de dichas sociedades las actividades dirigidas a la explotación de las áreas de servicio de las autopistas cuya concesión ostenten, las actividades complementarias de las de construcción y explotación de las autopistas, las estaciones de servicio, centros integrados de transporte y aparcamientos, así como aquellas infraestructuras viarias distintas de la concesión pero con incidencia en la misma. Más recientemente, la Disposición Adicional octava de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, que regula el contrato de concesión de obra pública, modificó la Ley para establecer la aplicación de lo previsto para el contrato de concesión en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, así como para permitir la

La forma habitual de retribución del concesionario son las tarifas a satisfacer por los usuarios por la utilización de la obra, y dichas tarifas aplicadas a un determinado grado de uso de la vía darán lugar a la cuantificación del correspondiente peaje, como cuantía monetaria concreta exigida al usuario y que la Ley utilizó como término para designar dicha retribución<sup>284</sup>. La propia normativa reguladora del contrato de concesión establece todos los aspectos relativos a la fijación y revisión de las tarifas de acuerdo a su condición de precios privados a pesar de su establecimiento por la propia Administración concedente en virtud de su potestad tarifaria o reguladora (Martín Huerta, 2003: 239). En este sentido es clara la postura doctrinal y jurisprudencial que descarta la presencia de una potestad tributaria por la utilización del dominio público en el cobro de los peajes y sí, en cambio, avala su calificación como retribución de carácter contractual a favor del concesionario en virtud de las obligaciones del contrato de concesión (Sentencia del Tribunal Supremo de 3º de abril de 2001 (RJ 2001 8º); Villar Rojas, 2000)<sup>285</sup>. Este modelo concesional y su regulación específica se extendieron a otras infraestructuras como puentes, túneles u otras vías de peaje de acuerdo a sus condiciones particulares<sup>286</sup>.

---

introducción del reequilibrio económico bidireccional ya que originalmente sólo se permitía en el ámbito de las autopistas a favor del concesionario.

<sup>284</sup> La distinción entre los términos tarifa y peaje viene explicada en la Ley 8/1972, de 10 de mayo en estos términos: Artículo 14. 1. "El concesionario podrá percibir de los usuarios, por la utilización de las instalaciones viarias, el peaje que corresponda por aplicación de las tarifas aprobadas".

<sup>285</sup> La reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo ha confirmado el carácter de precio privado de las tarifas a abonar a las sociedades concesionarias. Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 3º de abril de 2001 (RJ 2001 8º) *"la más reciente jurisprudencia de este Tribunal Supremo, en cuanto resuelve que las prestaciones que los usuarios abonan al concesionario de un servicio no son tasas ni prestaciones patrimoniales de carácter público en el sentido del artículo 31.1 de la Constitución, sino contraprestaciones al servicio público por el concesionario que éste hace suyas por título de derecho privado, sin perjuicio de la intervención que la Administración concedente puede tener en su fijación en ejercicio de la potestad tarifaria que le corresponde distinto de la potestad tributaria"*. En apoyo de esta doctrina citar las Sentencias de 29 de enero de 1998 (RJ 1998, 1904) y de 4 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1933). Sobre este particular puede verse igualmente a Villar Rojas (2000).

<sup>286</sup> Previsión incluida por el artículo 157 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, que modificó el artículo 2 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión.

Su concepción primigenia como modelo de financiación efectivo de cara a las restricciones presupuestarias por su condición de infraestructuras autofinanciadas, esto es, sostenidas íntegramente por el abono de los peajes a cargo de los usuarios de la vía consolidó su expansión para el desarrollo de vías de altas prestaciones (Izquierdo y Vasallo, 2004: 337-346)<sup>287</sup>. La ausencia de un modelo coherente y homogéneo de financiación de carreteras en España y en Europa, y el esfuerzo para los usuarios más sensibles a su uso que este modelo plantea ha creado y crea tensiones sociales hasta que se armonice y estabilice desde el punto de vista territorial, social y conceptual. En este sentido, los usuarios habituales de las autopistas de peaje se sienten agraviados con comparaciones que no son territoriales ni competenciales, sino personales (Robusté Antón, 2002)<sup>288</sup>.

Esto se relaciona con la concepción prestacional del Estado de Bienestar imperante en Europa que garantiza unos mínimos de accesibilidad a todos los ciudadanos de acuerdo a principios de equidad redistributiva y prevé, por tanto, una alternativa libre de cargas para el usuario para cada autopista de peaje existente. Ello ha impulsado el desarrollo generalizado de autovías libres de peaje como alternativas a las autopistas de pago, así como a la remodelación de las llamadas de primera generación o el desdoblamiento de carriles en carreteras de única vía por sentido, especialmente en el ámbito autonómico, como veremos, y a su financiación mediante fórmulas de financiación privada con diferimiento de los pagos como el “peaje sombra” para escapar a las limitaciones presupuestarias<sup>289</sup>.

---

<sup>287</sup> Un completo análisis de las concesiones de autopistas de peaje desde una perspectiva histórica puede encontrarse en Izquierdo y Vasallo (2004: 337-346).

<sup>288</sup> Ejemplo de esta situación es el intento por las administraciones de rebajar o armonizar los peajes existentes o, incluso su supresión como en el caso de las circunvalaciones de la autopista A-7 en Barcelona, Tarragona y Gerona (Robusté Antón, 2002: 127-139).

<sup>289</sup> Fundamentalmente se ha extendido el uso del “método alemán”, de abono total del precio o “llave en mano” que difiere el pago de la obra hasta su conclusión de manera que es el contratista el que debe financiar la inversión (a diferencia del contrato tradicional de obras en el que la administración abona la obra a medida que ésta se va ejecutando, mediante certificaciones de obra que actúan como abonos a cuenta del precio total). Este sistema, sin embargo, no debe considerarse como financiación privada por cuanto el contratista devenga

Especialmente significativo ha sido el desarrollo de esta última técnica de retribución en el ámbito de las carreteras, particularmente a nivel autonómico, y cuyo reflejo en la normativa de contratos a través del artículo 264.4 de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, que regula el Contrato de Concesión de Obra Pública, y recogido en los mismos términos por la actual Ley de Contratos del Sector Público en su artículo 238.1, supuso para gran parte de la doctrina la efectiva implantación en España de las fórmulas de colaboración público-privada existentes en la órbita anglosajona, postura que, como analizaremos más adelante, no compartimos en toda su extensión<sup>290</sup>.

El peaje sombra o “*shadow toll*” proviene, como ya se ha analizado anteriormente en este trabajo, de la propuesta inglesa *DBFO* y consiste en que la retribución por la utilización de la obra a favor del concesionario sea abonada por la Administración en sustitución de los usuarios y de acuerdo a uso de la misma<sup>291</sup>. La finalidad de este mecanismo de retribución es superar la limitación del ámbito tradicional de la fórmula concesional, circunscrita hasta entonces a las infraestructuras susceptibles de autofinanciarse a través del cobro de tarifas a los usuarios directos de la misma, pudiendo extender las ventajas de la financiación privada a cualesquiera proyectos infraestructurales que se conciban de uso gratuito para los usuarios. De esta manera se difiere

---

el derecho a un precio cierto y fijo por la obra, sin asumir más riesgo que el propio de cualquier contrato de obra. Asimismo se ha impuesto el uso de concesiones de obra pública con retribución del concesionario a través del sistema de “peaje en sombra” o abonos variables de la Administración durante el periodo de explotación en función del uso o demanda por los usuarios.

<sup>290</sup> El artículo 238. 1 *Retribución por la utilización de la obra* reza literalmente lo siguiente: “El concesionario tendrá derecho a percibir de los usuarios o de la Administración una retribución por la utilización de la obra en la forma prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares y de conformidad con lo establecido en este artículo”.

<sup>291</sup> Debe recordarse que los esquemas *DBFO* se caracterizaban porque el sector privado se responsabiliza de la inversión y el sector público sólo adquiere servicios a éste bajo índices o condiciones de variabilidad fijados en función del uso de la infraestructura o la puesta a disposición de la misma de acuerdo a determinados estándares de calidad. Así, los pagos por el servicio difieren según el tipo de proyecto y el grado de riesgo que se transfiera y los incentivos establecidos pudiendo establecerse en base a la disponibilidad del servicio para ser utilizado por el Estado o por los usuarios (*availability payments*), o bien según la demanda o utilización efectiva de dichos servicios (*trigger payments*). Es el caso de los proyectos de prisiones y carreteras sin peaje, en las que el mecanismo de pagos por el Estado en base a disponibilidad o demanda, sustituyendo el peaje de los usuarios se denominó comúnmente “*shadow toll*” o peaje en sombra).



en el tiempo el esfuerzo presupuestario del sector público obteniendo de inmediato las obras en disposición de ser utilizadas por los usuarios y bajo el riesgo constructivo y financiero del concesionario, y sin el coste social que conlleva el peaje.

Su introducción en la práctica administrativa española se puede situar, sin embargo, en la experiencia de las Comunidades Autónomas de Madrid y Murcia cuya legislación ya preveía tal posibilidad con anterioridad a la aparición de la Ley 13/2003, de 23 de mayo. Así, el Artículo 25 bis de la Ley 3/1991, de 7 de marzo, de Carreteras de la Comunidad de Madrid, introducido por la Ley 11/1997, de 28 de abril establece que *“La Comunidad de Madrid podrá subvencionar, en todo o en parte, las tarifas que corresponda satisfacer a los usuarios cuando el servicio deba prestarse gratuitamente por razones de interés público”*<sup>292</sup>.

En el mismo sentido la Ley 47/1997, de 24 de julio, de construcción y explotación de infraestructuras de la Región de Murcia establece en su exposición de motivos que *“se regula, como una fórmula posible a contemplar en determinados casos, la técnica -ampliamente utilizada en otros países de la Unión Europea- del denominado canon de demanda, en el que la participación del sector privado se vincula a la generación de flujos de caja previsibles, que no se repercuten en el usuario a través del peaje, asumiendo*

---

<sup>292</sup> El artículo 25 bis de la Ley 3/1991, de 7 de marzo, de Carreteras de la Comunidad de Madrid, introducido por la Ley 11/1997, de 28 de abril (BOCM 9 de mayo de 1997) señala:

*1. La Comunidad de Madrid, como regla general, explotará directamente las carreteras de su competencia, cuya utilización será gratuita para el usuario salvo que, excepcionalmente, se establezca el pago de peaje, cuyas tarifas aprobará el Consejo de Gobierno.*

*2. Las carreteras también podrán ser explotadas por cualquiera de los sistemas de gestión indirecta de los servicios públicos previstos en la legislación estatal básica.*

*Se entenderán incluidas en este artículo las carreteras cuya construcción y explotación se realice bajo el régimen del contrato de concesión de obras públicas.*

*3. La utilización de las carreteras a que se hace referencia en el apartado anterior estará sometida al pago de las correspondientes tarifas, cuya aprobación es competencia del Consejo de Gobierno de la Comunidad.*

La Comunidad de Madrid podrá subvencionar, en todo o en parte, las tarifas que corresponda satisfacer a los usuarios cuando el servicio deba prestarse gratuitamente por razones de interés público.

*la Administración la garantía del pago en función de unas tarifas predefinidas según las expectativas de uso de la infraestructura*<sup>293</sup>.

Diversos ejemplos de autovías bajo la modalidad de peaje en sombra se han ido sucediendo en el ámbito autonómico y local en estos últimos años<sup>294</sup> y su característica más relevante es el establecimiento de pagos periódicos por la Administración en función de la demanda de la infraestructura (Acerete Gil, 2006; 199 y ss). La retribución del concesionario se calcula en base a una tarifa establecida sobre un sistema de bandas o tramos y por tipo de vehículo aplicada al número de vehículos que utilicen la vía, de modo que el la cantidad a abonar sea siempre variable en función del nivel de uso<sup>295</sup>. Asimismo, se incluyen como índices de variabilidad de los pagos de la Administración criterios de disponibilidad y calidad en la gestión de las vías como las condiciones de mantenimiento o el nivel de peligrosidad de acuerdo a unos estándares prefijados en el Pliego de Cláusulas Administrativas.

Más allá del ámbito de las carreteras la utilización de la concesión es actualmente más limitada ya que en el ámbito ferroviario, pese a que históricamente la concesión fue el modelo elegido para el desarrollo de las primeras líneas ferroviarios, el sector ha experimentado el protagonismo público en la regulación desde la nacionalización de las líneas de ancho normal y de vía estrecha en 1941 (Izquierdo y Vasallo, 2004: 346)<sup>296</sup>. En la actualidad, sin embargo, esta fórmula está siendo profusamente utilizada

---

<sup>293</sup> En el artículo 10.1 de la propia Ley se establece: “*La Administración podrá establecer en el pliego de cláusulas administrativas particulares la aportación de fondos públicos, de carácter presupuestario, calculados en función de los usuarios de la infraestructura y de la rentabilidad social producida por la construcción de la misma y la obligación de servicio público realizada, que llevará aparejada la reducción o supresión tarifaria prevista en el apartado 3 de este artículo (tarifas de los usuarios)*”.

<sup>294</sup> Ejemplos destacados son las autovías M-45, M-407 y “Ruta de los Pantanos”, en la Comunidad de Madrid, o la Autovía del Noroeste entre Alcantarilla y Caravaca, en la región de Murcia.

<sup>295</sup> Un estudio detallado de las características del peaje sombra y su análisis comparado en el ámbito europeo puede encontrarse en Acerete Gil (2006; 199 y ss).

<sup>296</sup> A partir de sa fecha el sector ferroviario español pasó a gestionarse directamente por dos entidades de derecho público: RENFE y FEVE. Véase Izquierdo y Vasallo (2004: 493-572).

igualmente por las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales en el ámbito del transporte ferroviario urbano e interurbano, particularmente en proyectos de construcción y operación de tranvías y metros ligeros<sup>297</sup>.

## B. La utilización de sociedades instrumentales.

Igualmente consistente ha resultado la utilización como medio de regulación de las infraestructuras de transporte de una entidad creada *ad hoc* (Entes Públicos, Entidades Públicas Empresariales, Sociedades Públicas Estatales, Consorcios y Sociedades Mixtas), bien por el Estado bien entre éste y agentes privados, con objeto de construir y explotar infraestructuras por un plazo determinado. Lo esencial en su articulación será que la participación del Estado en estas sociedades suponga una inversión financiera que no compute como gasto público a efectos de estabilidad presupuestaria de acuerdo a los criterios contables anteriormente analizados. La no consolidación de estas entidades como unidades institucionales permitirá el recurso al endeudamiento para financiar las inversiones en infraestructuras sin que ello tenga impacto en la necesidad de financiación de la Administración matriz.

A partir de 2006 las infraestructuras de transporte terrestre, tanto carreteras como líneas ferroviarias, se regulan en su gestión a través de la Sociedad Estatal de Infraestructuras de Transporte (SEITT) como entidad *“encargada de favorecer y canalizar las inversiones en infraestructuras mediante colaboración público-privada y otras fórmulas de financiación extrapresupuestaria”*<sup>298</sup>. La SEITT, con forma de sociedad anónima con

---

<sup>297</sup> Entre los proyectos pioneros en España en la utilización de esquemas concesionales para la construcción, financiación y explotación de tranvías y trenes ligeros podemos destacar la línea 1 del Metro de Sevilla, líneas 1, 2 y 3 del Metro de Málaga, Metro Ligero de Granada, Tranvía Vélez-Torre del Mar y Tren-Tranvía Chiclana-San Fernando en Andalucía, Tranvías de Barcelona(Diagonal- Baix Llobregat (TRANBAIX)) y San Martí-Besós (TRANBESÓS)) en Cataluña, Tranvía de Tenerife y Líneas T.1 Pinar de Chamartín-Sanchinarro-Las Tablas , T.2 Colonia Jardín-Pozuelo de Alarcón y T.3 Colonia Jardín-Boadilla del Monte de Tren Ligero, Tramo Barajas-terminal T.4 de la línea 8 del Metro, y líneas ferroviarias Móstoles Central-Navalcarnero y Arganda en la Comunidad de Madrid.

<sup>298</sup>“La Sociedad Estatal de Infraestructuras del Transporte Terrestre (SEITT) es una sociedad mercantil estatal creada bajo la tutela del Ministerio de Fomento por Acuerdo del Consejo de Ministros del 29 de julio de 2005 y constituida el 30 de noviembre de 2005, al amparo del

participación 100% estatal, actúa como promotora en el desarrollo de carreteras y líneas ferroviarias de titularidad del Estado, así como de aquellas pertenecientes a la Red Ferroviaria de Interés General cuya construcción se encomiende al ente público Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF)<sup>299</sup>, y que se llevarán a cabo a través de los correspondientes convenios<sup>300</sup>.

---

artículo 166.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. La forma jurídica de la SEITT es de sociedad anónima, con la particularidad de ser el Estado el propietario de la totalidad de sus acciones. El objetivo de SEITT es la promoción y desarrollo de infraestructuras del transporte terrestre en todo el territorio nacional y para todos los modos de transporte terrestres. Para ello la Sociedad tiene plena capacidad de obrar tanto en las distintas fases de la infraestructura desde su proyección hasta su explotación y de firmar convenios, promover la creación de empresas mixtas y cualquier otra forma jurídica de colaboración con todo tipo de agentes, tanto públicos como privados, interesados en el desarrollo de las infraestructuras del transporte terrestre". Toda la información disponible en:

<http://www.seitt.es>

<sup>299</sup> La entrada en vigor de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario, dio lugar a la definición de la Red Ferroviaria de Interés General en la que se integran las infraestructuras ferroviarias que resultan esenciales para garantizar un sistema común de transporte ferroviario en todo el territorio del Estado. La entidad pública empresarial RENFE pasó a denominarse Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) la cual asumió las funciones asignadas al administrador de infraestructuras ferroviarias en la Ley. Asimismo ADIF se subrogó en todos los derechos y obligaciones de la entidad pública empresarial Gestor de Infraestructuras Ferroviarias (GIF) que queda extinguida. Por otro lado se crea la entidad pública empresarial RENFE-Operadora, con personalidad jurídica propia, plena capacidad de obrar y patrimonio propio, y adscrita al Ministerio de Fomento para llevar a cabo la prestación de servicios de transporte ferroviario tanto de mercancías como de viajeros.

Para la construcción y administración de dicha Red Ferroviaria de Interés General, la Ley del Sector Ferroviario establece, en su artículo 22 un doble sistema de actuación, según se trate de infraestructuras titularidad del Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) y, en cuyo caso éste las construye y administra con cargo a sus propios recursos, o de infraestructuras titularidad del Estado. En lo referente a las infraestructuras titularidad del Estado, en dicho artículo se establece que el Ministerio de Hacienda y el de Fomento podrán encomendar su administración al ADIF, estableciendo las directrices básicas que han de presidir la encomienda, señalando los objetivos y fines que se deben alcanzar, determinando los niveles de inversión y proponiendo la cuantía de las aportaciones económicas del Estado.

Los estatutos del ADIF se establecieron en el RD 2395/2004 de 30 de diciembre de 2004 y su actividad comenzó el 1 de enero de 2005. ADIF es una entidad pública empresarial, con autonomía de gestión dentro de los límites establecidos por su normativa y está adscrito al Ministerio de Fomento. Tiene personalidad jurídica propia, plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines y patrimonio propio. Su objeto principal es la administración y construcción de infraestructuras ferroviarias. ADIF administra la casi totalidad de la Red Ferroviaria de Interés General (RFIG). En la actualidad, ADIF administra en régimen comercial, las nuevas líneas de alta velocidad y ancho UIC que figuran en su balance (Madrid-Sevilla, con el ramal de acceso a Toledo, y Madrid-Zaragoza-Lleida; un total de 1.010 km) y, por encomienda del Estado, la red convencional de ancho ibérico (11.780 km), mediante un convenio para la administración de esta red patrimonio del Estado. ADIF, además de administrador (explotación y mantenimiento) de las infraestructuras ferroviarias antes citadas,

Debe tenerse en cuenta que a partir de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario se separó la administración de las infraestructuras ferroviarias, encomendada al ADIF, de la operación de los servicios ferroviarios de viajeros y mercancías. El transporte de viajeros se lleva a cabo en régimen de monopolio a través de la entidad pública empresarial RENFE-Operadora mientras que en el caso del transporte de mercancías, tanto nacional como internacional, se prevé su progresiva

---

es responsable de la construcción de nuevas líneas por encargo del Estado, ya sean de su titularidad, financiadas con sus propios recursos, o de titularidad del Estado, con recursos presupuestarios. ADIF construye, en la actualidad, el tramo Madrid-Valladolid de la línea Madrid-Valladolid-Vitoria-Frontera francesa, los tramos Lleida-Barcelona y Barcelona-Figueras de la línea Madrid-Barcelona-Frontera francesa, las líneas del corredor Madrid-Comunidad Valenciana-Murcia, el tramo Córdoba-Málaga del corredor Madrid-Andalucía, y los túneles de Pajares y el tramo Orense-Santiago del corredor Noroeste. Un detallado estudio de la regulación del sector ferroviario español en el marco de la Unión Europea puede verse en Izquierdo y Vasallo (2004: 493-572)

<sup>300</sup> Según el artículo 6. Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario: *4. El Ministerio de Fomento, así como la Entidad Pública Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) podrán, mediante convenio de colaboración, encomendar a otras Administraciones públicas, Entidades de derecho público y sociedades vinculadas o dependientes de estas Administraciones, las facultades correspondientes a la contratación de obras ferroviarias en la Red Ferroviaria de Interés General. (...).*

*5. El Ministro de Fomento, así como la Entidad Pública Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) a través de su Consejo de Administración y previa autorización del Titular de Fomento, a fin de activar la ejecución de los planes y programas de infraestructuras ferroviarias, podrán encomendar a una sociedad mercantil de las contempladas en el artículo 166.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, la construcción y explotación de las obras ferroviarias dentro de sus respectivas competencias establecidas en la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario.*

*Las relaciones entre la Administración General del Estado y el ADIF, por un lado, y las sociedades estatales a las que se refiere el párrafo anterior, por otro, se regularán mediante los correspondientes convenios que, en el marco presupuestario establecido por el Ministerio de Economía y Hacienda, habrán de ser autorizados por el Consejo de Ministros. Los citados convenios preverán, al menos, el régimen de construcción y explotación de las obras ferroviarias de que se trate, las potestades de la Administración General del Estado y del ADIF en relación con la dirección, inspección, control y recepción de las obras, cuya titularidad corresponderá a aquéllos, y las aportaciones económicas que hayan de realizar a la sociedad estatal la Administración General del Estado o el ADIF.*

Puede verse como ejemplo la Resolución de 7 de octubre de 2008, de la Secretaría de Estado de Infraestructuras, por la que se encomienda al Administrador de Infraestructuras Ferroviarias y a la Sociedad Estatal de Infraestructuras del Transporte Terrestre, S.A., la ejecución de las inversiones contempladas en el Convenio 2008 para la realización de actuaciones para la mejora de la Red Ferroviaria de Titularidad del Estado en Cataluña (BOE nº 47 de 24 de febrero de 2009).

liberalización y entrada en libre competencia de distintos operadores en el mercado<sup>301</sup>.

En este sentido la construcción por el ADIF de las infraestructuras pertenecientes a la Red Ferroviaria de Interés General que sean de su titularidad, se financiarán con los recursos de la propia entidad y que consistirán principalmente en el canon que deberán abonar los operadores de transporte ferroviario por el uso de dichas infraestructuras. Dado que la Ley 39/2003, permite el recurso a la concesión de obra pública para afrontar la ejecución de las infraestructuras por parte de ADIF la retribución del concesionario por la explotación de las mismas consistirá igualmente en el cobro del canon a los operadores de transporte ferroviario en tanto usuarios de las infraestructuras<sup>302</sup>.

El mismo modelo de separación entre la administración de las infraestructuras y la operación del servicio de transporte ha sido utilizado en el ámbito de las Comunidades Autónomas para la gestión de las infraestructuras de transporte terrestre<sup>303</sup>. En estos casos, sin embargo, no nos encontramos

---

<sup>301</sup> Un extenso tratamiento del régimen jurídico del sector ferroviario en España y, en particular, el principio de separación entre infraestructura y servicio como clave de un nuevo modelo del sistema ferroviario orientado hacia la liberalización se encuentra en Carlón Ruíz (2004: 287-411).

<sup>302</sup> Artículo 22.5 de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario: El Administrador de Infraestructuras Ferroviarias podrá realizar la construcción o administración de infraestructuras ferroviarias mediante la celebración del oportuno contrato de concesión de obras públicas, que se registrará por lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, con las especificaciones previstas en la presente Ley. En este caso, el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias será responsable del resultado de la actividad que realice el concesionario. En el pliego de cláusulas administrativas que rija el contrato podrá preverse que el concesionario sea retribuido por la ejecución de la obra mediante el precio que abonen los usuarios por la utilización de las infraestructuras, por los rendimientos procedentes de la explotación de las zonas comerciales vinculadas a ellas o por la realización de actividades complementarias como el aprovechamiento de establecimientos de hostelería, estaciones de servicio, aparcamientos de vehículos o establecimientos de ocio o recreo y, en su caso, mediante las aportaciones que pueda realizar el propio administrador de infraestructuras ferroviarias.

<sup>303</sup> Claro ejemplo lo tenemos en la Comunidad de Madrid en la que en el ámbito del transporte ferroviario urbano e interurbano de viajeros se prevé la separación entre la administración de las infraestructuras y la prestación u operación del servicio de transporte. En tal sentido, la empresa pública instrumental MINTRA (Madrid, Infraestructuras del Transporte) fue creada por la Comunidad de Madrid por Ley 22/1999, de 21 de diciembre, de Creación del Ente de Derecho Público MINTRA, para la ejecución y gestión de las infraestructuras de transporte, en

ante supuestos de colaboración público-privada institucional sino de provisión directa por el Estado a través de entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles o de otra naturaleza que disfrutan de un régimen más flexible en la aplicación de la normativa de contratación y su no consolidación en las cuentas de la Administración Pública a efectos de estabilidad presupuestaria<sup>304</sup>.

## 2. EL TRANSPORTE ÁEREO Y MARÍTIMO.

También bajo esta fórmula regulatoria institucional se gestionan las infraestructuras portuarias y aeroportuarias mediante las entidades públicas empresariales Puertos del Estado<sup>305</sup> y Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA)<sup>306</sup> respectivamente, previéndose, sin embargo, la posibilidad de licitación de concesiones de obra pública en ambos casos<sup>307</sup>.

---

especial la línea "METROSUR", en el territorio de la Comunidad, mientras que la prestación del servicio de transporte suburbano se desarrolla por METRO de MADRID S.A. como operador de la línea. Así, MINTRA asume la construcción y administración de la infraestructura y el material móvil de metro estableciendo su posterior arrendamiento a METRO de MADRID S.A. Sobre el régimen jurídico de los transportes ferroviarios urbanos, en particular, el caso de Metro, puede verse a González Botija (2009).

<sup>304</sup> Deben distinguirse a este respecto los entes puramente instrumentales (encomienda de gestión y financiación pública) de los creados para obtener ingresos de mercado y no consolidar mediante el alquiler de sus infraestructuras a otros entes de mercado (MINTRA, ADIF). Los primeros atenderán a la encomienda de gestión como instrumento relacional excluido del ámbito contractual público en base a la doctrina "*in house providing*" anteriormente expuesta.

<sup>305</sup> Puertos del Estado es un organismo público dependiente del Ministerio de Fomento con responsabilidades globales sobre el conjunto del sistema portuario de titularidad estatal, encargado de la ejecución de la política portuaria del gobierno y de la coordinación y control de eficiencia del sistema portuario.

<sup>306</sup> La Entidad Pública Empresarial AENA, creada en virtud de lo dispuesto en el artículo 82 de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990, sustituyendo al organismo autónomo Aeropuertos Nacionales, se rige por lo dispuesto en el Real Decreto 905/1991, de 14 de junio, por el que se aprueba el Estatuto de dicha entidad. La Entidad Pública Empresarial AENA tiene personalidad jurídica propia e independiente de la del Estado, plena capacidad jurídica, pública y privada, y patrimonio propio y está adscrito al Ministerio de Fomento. Su objeto es la gestión de los aeropuertos civiles de interés general y de las instalaciones y redes de ayudas a la navegación aérea. AENA tiene encomendadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 82.2 de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990, en la redacción dada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, las siguientes funciones:

## A. Las infraestructuras portuarias.

La participación privada en el dominio público portuario se presenta como una de las claves de la regulación de nuestro sistema portuario<sup>307</sup> y, en particular como señala De Rus (1999) el problema de las costosas inversiones necesarias en los puertos para atraer el tráfico marítimo y su financiación. La construcción de infraestructuras y la provisión de servicios a consumidores y

a) Ordenación, dirección, coordinación, explotación, conservación y administración de los aeropuertos públicos de carácter civil, aeródromos, helipuertos y demás superficies aptas para el transporte aéreo cuya gestión se le encomiende y de los servicios afectos a los mismos; la coordinación, explotación, conservación y administración de las zonas civiles de las bases aéreas abiertas al tráfico civil.

b) Proyecto, ejecución, dirección y control de las inversiones en las infraestructuras e instalaciones a que se refiere el epígrafe anterior.

c) Ordenación, dirección, coordinación, explotación, conservación y administración de las instalaciones y redes de sistemas de telecomunicaciones aeronáuticas, de ayudas a la navegación y de control de la circulación aérea.

d) Proyecto, ejecución, dirección y control de las inversiones en infraestructuras, instalaciones y redes de sistemas de telecomunicaciones aeronáuticas, de ayudas a la navegación y control de la circulación aérea.

e) Propuesta de planificación de nuevas infraestructuras aeronáuticas, así como de modificaciones de la estructura del espacio aéreo.

<sup>307</sup> En las infraestructuras portuarias el uso de la concesión prácticamente iguala desde el año 2000 el volumen inversor del ente público Puertos del Estado (apartado 8.3 PEIT).

<sup>308</sup> El sistema portuario español, está formado por 28 Autoridades Portuarias en las que se engloban los 44 puertos de interés general existentes, cuya gestión y control ejerce el organismo público Puertos del Estado en virtud de lo dispuesto en la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, modificada por la Ley 62/1997, de 26 de diciembre. La Ley 27/1992, distingue entre los puertos de titularidad autonómica (básicamente los puertos pesqueros, deportivos y de refugio), que dependen del Gobierno de la Comunidad Autónoma donde están ubicados, y los puertos de titularidad estatal, es decir, los puertos calificados como de interés general por reunir alguna de las siguientes características:

- ☐ Se efectúan en ellos actividades comerciales marítimas internacionales.
- ☐ Sirven a industrias de importancia estratégica para la economía nacional.
- ☐ El volumen anual y las características de sus actividades comerciales marítimas alcanzan niveles suficientemente relevantes, o responden a necesidades esenciales de la actividad económica general del Estado.
- ☐ Sus especiales condiciones técnicas o geográficas son esenciales para la seguridad del tráfico marítimo.

La Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen Económico y de prestación de servicios en los puertos de interés general, supuso un paso significativo en la regulación portuaria en España al introducir la liberalización de los servicios portuarios, el desarrollo del modelo concesional para la participación privada en las infraestructuras y la rentabilización del dominio público portuario..



empresas han sido consideradas tradicionalmente como monopolio natural y, por ello, responsabilidad directa de los poderes públicos, si bien, actualmente se admite la posibilidad de introducción de la competencia en la construcción y operación de puertos (Cruz Ferrer y Llorente Caballero, 2004).

Así, el artículo 92 de la vigente Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen Económico y de Prestación de Servicios en los Puertos de Interés General se establece un sistema de gestión del dominio público portuario orientado a promover e incrementar la participación privada en la financiación, construcción y explotación de las instalaciones portuarias y la prestación de los servicios, garantizando en todo caso el interés general, a través del otorgamiento de las correspondientes autorizaciones u concesiones, tanto demaniales<sup>309</sup> como de obra pública<sup>310</sup> de la correspondiente Autoridad Portuaria<sup>311</sup>.

---

<sup>309</sup> La regulación de las concesiones demaniales para la utilización del dominio público portuario se encuentra en los artículos 106 y siguientes de la Ley 48/2003.

<sup>310</sup> El artículo 126. regula el contrato de concesión de obra pública portuaria con el siguiente tenor: *"El contrato de concesión de obras públicas portuarias.*

*1. Las Autoridades Portuarias podrán promover la construcción de obras públicas portuarias en régimen de concesión administrativa.*

*2. En el ámbito portuario, los contratos de concesión de obras públicas tendrán por objeto la construcción y explotación o solamente la explotación siempre que se encuentren abiertas al uso público o aprovechamiento general, de:*

*a. Un nuevo puerto o una parte nueva de un puerto que sean susceptibles de explotación totalmente independiente.*

*b. Infraestructuras portuarias de defensa, de abrigo, de accesos marítimos, de muelles y otras obras de atraque.*

*3. La construcción y explotación de la obra pública portuaria objeto de la concesión se efectuará a riesgo y ventura del concesionario, quien asumirá los riesgos económicos derivados de su ejecución y explotación en los términos y con el alcance previstos en la legislación general reguladora del contrato de concesión de obras públicas.*

*Sin perjuicio de lo anterior, el contrato de concesión de obra pública portuaria reconocerá al concesionario el derecho a percibir una retribución consistente en la explotación de la totalidad o de parte de la obra, o dicho derecho acompañado del de percibir un precio o el otorgamiento de una concesión demanial, o en cualquier otra modalidad de financiación de las obras reguladas en la legislación general reguladora del contrato de concesión de obras públicas.*

*A estos efectos, se entiende por explotación de una obra pública portuaria la puesta a disposición de la misma a favor de los prestadores de servicios o de los usuarios de aquélla*

*para su ocupación, utilización o aprovechamiento, a cambio de la correspondiente retribución económica.*

*4. En el caso de que el contrato tenga como único objeto la explotación de obras ya construidas, el concesionario vendrá asimismo obligado a la conservación, reparación o reposición de la obra principal y de las accesorias conforme a lo previsto en la legislación general reguladora del contrato de concesión de obras públicas.*

*5. El contrato de concesión de obras públicas portuarias habilitará directamente para la ocupación del dominio público en el que deba construirse la obra pública portuaria que constituya su objeto, siendo de aplicación lo dispuesto en esta Ley a los efectos del régimen económico y de utilización del dominio público portuario estatal.*

*6. El contrato de concesión de obras públicas portuarias no habilita al contratista para prestar servicios portuarios básicos sobre la obra que constituye su objeto.*

*La prestación de servicios portuarios básicos sobre esta infraestructura requerirá la obtención de la licencia correspondiente, de acuerdo con lo previsto en el título III de esta Ley.*

*7. En los pliegos de condiciones de las concesiones de obras públicas portuarias que vayan a servir de soporte para la prestación de servicios portuarios básicos, deberá señalarse expresamente si se va a admitir la utilización de la misma por todos los titulares de licencias o por un único prestador. En el primer caso, se impondrá al adjudicatario la obligación de admitir la ocupación o utilización de la obra por los titulares de licencias de prestación de servicios portuarios básicos abiertos al uso general a cambio de la correspondiente retribución económica. En el segundo supuesto, cada licitador deberá señalar expresamente si, en caso de resultar adjudicatario, va a prestar por sí o a través de un tercero tales servicios. En cualquier caso, la Autoridad Portuaria deberá establecer las previsiones que garanticen que la prestación de los servicios portuarios básicos se hará respetando lo establecido en el título III de esta Ley. Todo ello deberá estar contemplado en la documentación que apruebe la Autoridad Portuaria para la licitación, en la que constituye la oferta de cada licitador y, finalmente, en el propio contrato.*

*8. Las concesiones de obras públicas portuarias se otorgarán por el plazo que se acuerde en el pliego de cláusulas administrativas particulares, que no podrá exceder de 40 años.*

*Los plazos fijados en los pliegos de condiciones podrán ser prorrogados de forma expresa hasta el límite establecido en el párrafo anterior y reducidos de acuerdo con lo previsto en la legislación general reguladora del contrato de concesión de obras públicas.*

*Los plazos fijados en los pliegos de condiciones podrán ser prorrogados potestativamente, más allá del límite establecido, hasta los 60 años, con el único y exclusivo objeto de restablecer el equilibrio económico del contrato o, excepcionalmente, para satisfacer los derechos de los acreedores en el caso en que los derechos de crédito del concesionario hayan sido objeto de titulación. En estos casos deberá emitir informe vinculante Puertos del Estado.*

*9. Puertos del Estado informará técnicamente los proyectos de obras portuarias que vayan a realizarse al amparo de un contrato de concesión de obras públicas portuarias.*

*10. A fin de dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 35.5 de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, previamente a la aprobación del proyecto correspondiente a un nuevo puerto comercial, por orden del Ministerio de Fomento se resolverá sobre la inclusión del futuro puerto en el ámbito competencial de una Autoridad Portuaria ya existente o de una Autoridad Portuaria creada al efecto, que será quien adjudique el correspondiente contrato de concesión de obras públicas portuarias.*

*11. En materia de obras públicas portuarias habrá de estarse a lo dispuesto en esta Ley y en la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, sin perjuicio de que en todo aquello no previsto en ellas serán de aplicación, para el contrato de concesión de obras públicas*

## B. El dominio público aeroportuario.

Más delicado es el caso de las infraestructuras aeroportuarias. Los aeropuertos pueden considerarse a los efectos de su regulación como una obra unitaria, susceptible, por tanto, de un tratamiento jurídico completo e individualizado, y, a la vez, como un conjunto o composición de obras parciales interdependientes que pueden gozar de autonomía en su construcción y explotación, aunque siempre al servicio integrado del aeropuerto (Alonso Colomer, 2003: 475).

A diferencia de lo que sucede en materia portuaria el dominio público aeroportuario no ha surgido *ope legis*, al menos de forma expresa y sistemática, sin que exista una norma legal que así lo califique. No obstante, de la interpretación del contexto normativo aplicable puede deducirse la condición demanial de los aeropuertos<sup>312</sup>, sujetos a concesión administrativa para su uso, según el artículo 42 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea (LNA) y, en su naturaleza de obra pública por su ordenación al general uso y aprovechamiento y consecuente incorporación al demanio, que permita la aplicación plena de la figura de la concesión de obra pública para su construcción y explotación (Esteve Pardo, 2001: 111-118)<sup>313</sup>.

Cuestión jurídica que se ha suscitado por la redacción dada por el artículo 100 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre al artículo 43 de la LNA, quedando como sigue: *“Las Administraciones Públicas Territoriales y las personas y entidades particulares nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea, deberán obtener una autorización previa, de acuerdo con las condiciones que determine el Ministerio de Fomento, para construir o*

---

*portuarias, las prescripciones contenidas en la legislación general reguladora del contrato de concesión de obras públicas”.*

<sup>311</sup> Sobre el modelo portuario español puede verse a Izquierdo y Vasallo (2004).

<sup>312</sup> Por ejemplo el artículo 156 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, se refiere al aprovechamiento del dominio público aeroportuario, cuyo uso y aprovechamiento está sometido a autorización o concesión por AENA.

<sup>313</sup> Sobre la cuestión del dominio público aeroportuario puede verse a Esteve Pardo (2001).

*participar en la construcción de aeropuertos de interés general. En tales casos, podrán conservar la propiedad del recinto aeroportuario y participar en la explotación de las actividades que dentro del mismo se desarrollen en los términos que se establezcan”.*

Las anteriores consideraciones, sin embargo, ponen de manifiesto el desencuentro de este precepto con el contexto normativo vigente en la materia y, como señala Alonso Colomer (2003: 475), permiten concluir que la posibilidad de abrir los aeropuertos de interés general o, al menos, un espacio o recinto aeroportuario, a la titularidad privada resulta artificiosa e inviable. Por todo ello puede afirmarse la plena aplicación de la concesión de obra pública para la construcción y explotación de aeropuertos de interés general de acuerdo a las disposiciones de la Ley 13/2003, de 23 de mayo (Alonso Colomer, 2003: 476).

### 3. LAS INFRAESTRUCTURAS HIDRÁULICAS.

Debe hacerse referencia al régimen de construcción y explotación de las infraestructuras hidráulicas entendiendo por éstas, tal y como señala el artículo 122 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas “la construcción de bienes que tengan naturaleza inmueble destinada a la captación, extracción, desalación, almacenamiento, regulación, conducción, control y aprovechamiento de las aguas, así como el saneamiento, depuración, tratamiento y reutilización de las aprovechadas (...)”<sup>314</sup>.

<sup>314</sup> Literalmente el artículo 122 de la Ley de Aguas señala: “A los efectos de esta Ley, se entiende por obra hidráulica la construcción de bienes que tengan naturaleza inmueble destinada a la captación, extracción, desalación, almacenamiento, regulación, conducción, control y aprovechamiento de las aguas, así como el saneamiento, depuración, tratamiento y reutilización de las aprovechadas y las que tengan como objeto la recarga artificial de acuíferos, la actuación sobre cauces, corrección del régimen de corrientes y la protección frente avenidas, tales como presas, embalses, canales de acequias, azudes, conducciones, y depósitos de abastecimiento a poblaciones, instalaciones de desalación, captación y bombeo, alcantarillado, colectores de aguas pluviales y residuales, instalaciones de saneamiento, depuración y tratamiento, estaciones de aforo, piezómetros, redes de control de calidad, diques y obras de encauzamiento y defensa contra avenidas, así como aquellas actuaciones necesarias para la protección del dominio público hidráulico”.

La ordenación de las infraestructuras hidráulicas presenta una enorme complejidad por la yuxtaposición de instancias competenciales, no siempre debidamente coordinadas, y la consecuente aparición de un prolífico acervo de normas procedentes de diferentes Administraciones y sus particulares modelos regulatorios. Así, por un lado nos encontramos con la regulación general del recurso del agua representada por la aplicación de la Ley de Aguas<sup>315</sup>, aprobada en el marco comunitario de actuación en política de agua<sup>316</sup>, que establece el régimen jurídico del agua y las infraestructuras necesarias para su captación, transporte, tratamiento y aprovechamiento en el seno de la planificación hidrológica vinculada geográfica y económicamente a gestión de las cuencas hidrográficas (Fernández Pérez, 2002: 94).

Se distingue, por un lado, la competencia de la Administración General del Estado sobre las obras hidráulicas de interés general, incluidas como tales en el Plan Hidrológico Nacional y cuya gestión podrá realizarse directamente por los órganos competentes del Ministerio de Medio Ambiente, a través de las Confederaciones Hidrográficas, o por las Comunidades Autónomas en virtud de convenio específico o encomienda de gestión<sup>317</sup>. Dichas obras han

---

<sup>315</sup> Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por la que se incorpora al derecho español la Directiva 2000/60/CE, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, modificado por el artículo 129 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

<sup>316</sup> Representado por la Directiva 2000/60/CE del Parlamento y del Consejo de 23 de abril de 2000, *Directiva Marco del Agua*.

<sup>317</sup> El marco de planificación hidrológica se articula inicialmente a través de los Planes Hidrológicos de cuenca. Mediante el Real Decreto 1664/1998, de 24 de julio, se aprobaron los planes hidrológicos del Norte I, Norte II, Norte III (Confederaciones Hidrográficas del Cantábrico y Miño-Sil), Duero (Confederación Hidrográfica del Duero), Tajo (Confederación Hidrográfica del Tajo), Guadiana I, Guadiana II (Confederación Hidrográfica del Guadiana), Guadalquivir (Confederación Hidrográfica del Guadalquivir), Sur (Agencia Andaluza del Agua), Segura (Confederación Hidrográfica del Segura), Júcar (Confederación Hidrográfica del Júcar), Ebro (Confederación Hidrográfica del Ebro) y cuencas intracomunitarias de Cataluña (Agencia Catalana del Agua). Posteriormente, mediante el Real Decreto 378/2001, de 6 de abril, se aprobó el Plan Hidrológico de las Illes Balears y mediante el Real Decreto 103/2003, de 24 de enero, se aprobó el Plan Hidrológico de Galicia-Costa (Aguas de Galicia). El contenido normativo de estos planes se hizo público mediante las Órdenes Ministeriales de 13 de agosto de 1999 (planes del Norte, Duero, Tajo, Guadiana, Guadalquivir, Segura, Júcar y Ebro) y de 6 de septiembre de 1999 (plan del Sur), y mediante un Edicto de la Junta de Aguas de la Generalidad de Cataluña de 16 de marzo de 1999 (plan de las Cuencas Internas de Cataluña). Finalmente, el esquema de planificación previsto en la Ley 29/1985, de 2 de

contado tradicionalmente con una fuerte presencia pública en su gestión y financiación a través del Plan de Infraestructuras del Estado y los Fondos Europeos. Por otro, son competencia de las Confederaciones Hidrográficas las obras hidráulicas realizadas con cargo a sus fondos propios, en el ámbito de las competencias de la Administración General del Estado. Finalmente, el resto de las obras hidráulicas públicas son de competencia de las Comunidades Autónomas y de las Entidades locales, de acuerdo con lo que dispongan sus respectivos Estatutos de Autonomía y sus leyes de desarrollo, y la legislación de régimen local<sup>318</sup>.

En este contexto se ha venido desarrollando un importante esfuerzo inversor en los últimos años para la implementación de todo tipo de infraestructuras intervinientes a lo largo del ciclo del agua, desde las de

---

agosto, de Aguas, se completó con la aprobación del Plan Hidrológico Nacional mediante la Ley 10/2001, de 5 de julio, que fue posteriormente modificada por la Ley 11/2005, de 22 de junio.

Por último, los Reales Decretos 125/2007, de 2 de febrero, por el que se fija el ámbito territorial de las demarcaciones hidrográficas, y 126/2007, de la misma fecha, por el que se regulan la composición, funcionamiento y atribución de los comités de autoridades competentes de las demarcaciones hidrográficas con cuencas intercomunitarias, contribuyen al marco normativo de la planificación estableciendo el ámbito territorial y creando el comité de autoridades competentes requeridos ambos en la Directiva Marco del Agua. El artículo 36.5 de la Ley 10/2001, de 5 de julio, que fue posteriormente modificada por la Ley 11/2005, de 22 de junio, establece la programación de inversiones hidráulicas del periodo 200-2008 declarando de interés general todas aquellas incluidas en su Anexo II. El contenido de los distintos planes hidrológicos está disponible en <http://www.mma.es>

<sup>318</sup> La propia Ley de Aguas prevé asimismo que la Administración General del Estado, las Confederaciones Hidrográficas, las Comunidades Autónomas y las Entidades locales puedan celebrar convenios para la realización y financiación conjunta de obras hidráulicas de su competencia. Así el artículo 124. establece las competencias para la ejecución, gestión y explotación de las obras hidráulicas públicas y señala:

- 1. Son competencia de la Administración General del Estado las obras hidráulicas de interés general. La gestión de estas obras podrá realizarse directamente por los órganos competentes del Ministerio de Medio Ambiente o a través de las Confederaciones Hidrográficas. También podrán gestionar la construcción y explotación de estas obras, las Comunidades Autónomas en virtud de convenio específico o encomienda de gestión.*
- 2. Son competencia de las Confederaciones Hidrográficas las obras hidráulicas realizadas con cargo a sus fondos propios, en el ámbito de las competencias de la Administración General del Estado.*
- 3. El resto de las obras hidráulicas públicas son de competencia de las Comunidades Autónomas y de las Entidades locales, de acuerdo con lo que dispongan sus respectivos Estatutos de Autonomía y sus leyes de desarrollo, y la legislación de régimen local.*
- 4. La Administración General del Estado, las Confederaciones Hidrográficas, las Comunidades Autónomas y las Entidades locales podrán celebrar convenios para la realización y financiación conjunta de obras hidráulicas de su competencia”.*

desalación, regulación y conducción hasta las de reutilización de aguas residuales y valorización de lodos de depuradora (Fernández Pérez, 2002: 101). Asimismo, resultan de colosal importancia las obras hidráulicas vinculadas a aprovechamientos energéticos como presas o embalses, a las que les resultará de aplicación lo previsto en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, así como aquellas infraestructuras necesarias para articular el sistema de trasvases de los recursos acuíferos previstos en el Plan Hidrológico Nacional y las infraestructuras de modernización y consolidación de regadíos que se contemplen en el Plan Nacional de Regadíos<sup>319</sup>.

En cuanto al sistema de regulación previsto para la construcción y explotación de estas infraestructuras la provisión pública directa ha sido el sistema dominante en todos los ámbitos competenciales, si bien, en su mayoría se ha articulado a través de entes o sociedades públicas instrumentales<sup>320</sup>. No obstante, tanto la Ley 13/1996, de 30 de diciembre de

---

<sup>319</sup> En el Anexo II de la Ley 10/2001, de 5 de julio, por la que se aprueba el Plan Hidrológico Nacional y el Anexo III de la Ley 11/2005, de 22 de junio que modifica la anterior se incluye el listado de obras hidráulicas de interés general que se desarrollarán en cada una de las cuencas hidrográficas entre las que podemos extraer como ejemplo la construcción, acondicionamiento y control de presas de aprovechamiento y regulación, embalses y diques de cola, construcción de aprovechamientos hidroeléctricos, obras de regulación de cuenca, obras para aprovechamientos hidráulicos, obras de canalización, encauzamiento y desagüe de cuencas, infraestructuras de refuerzo de recarga artificial de cuencas, interconexión de cuencas, obras de captación y conducción desde presas para abastecimiento de comarcas y núcleos urbanos, construcción de plantas desaladoras, construcción y acondicionamiento de canales, obras de modernización de regadíos, red de acequias y ramales, construcción y mejoras de las redes de abastecimiento a municipios, estaciones de tratamiento de aguas potables, depósitos generales de aguas tratadas, colectores-interceptores de aguas pluviales y de saneamiento, estaciones depuradoras de aguas residuales, obras de saneamiento, depuración y vertido de ríos, rías y marismas, emisarios terrestres y submarinos, obras sobre la red básica de control de aguas subterráneas, actuaciones del Plan Hidrológico Forestal, obras de regeneración ambiental y recuperación de márgenes, riberas y enclaves naturales e infraestructuras de trasvase.

<sup>320</sup> Las sociedades estatales para la gestión de obras hidráulicas fueron creadas por de la previsión del artículo 158 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social y su incorporación al artículo 132 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas y a partir de 1997, se constituyeron las sociedades estatales de obras hidráulicas para la gestión de las distintas cuencas hidrográficas. Asimismo, a través del artículo 99 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, se autorizó a creación de sociedades estatales para la ejecución de infraestructuras de modernización y consolidación de regadíos que se contemplen en el Plan Nacional de

Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social como el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas establecen el régimen jurídico del contrato de concesión de construcción y explotación de obras hidráulicas de conformidad con el establecido en la normativa de contratos<sup>321</sup>, consolidando así las posibilidades de utilización del sistema concesional para la construcción de infraestructuras hidráulicas, especialmente las destinadas al tratamiento de aguas residuales y desalinización. Nos encontramos, por tanto, con numerosos ejemplos de estaciones depuradoras de aguas residuales y plantas desaladoras desarrolladas de acuerdo a esquemas concesionales de construcción y explotación privadas<sup>322</sup>.

---

Regadíos. El detalle de las sociedades creadas aparece en la nota 465 del presente trabajo. Igualmente, en el ámbito autonómico se han constituido distintas entidades como la Agencia Catalana del Agua o Aguas de Galicia, encargadas de gestionar las infraestructuras en el ámbito de planes hidrológicos de cuenca en su Comunidad Autónoma.

<sup>321</sup> Según el artículo 173 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social el régimen jurídico del contrato de concesión de construcción y explotación de obras hidráulicas se establece con el siguiente tenor:

*Uno. Para la construcción, conservación y explotación de las obras e infraestructuras vinculadas a la regulación de los recursos hidráulicos, su conducción, potabilización y desalinización, y al saneamiento y depuración de las aguas residuales, las Administraciones Públicas podrán utilizar el contrato de concesión de construcción y explotación de obras hidráulicas, que se regirá por los preceptos contenidos en esta Ley y, en su defecto, por lo previsto en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas y demás normas que resulten aplicables por razón de la materia.*

*Dos. A los efectos de esta Ley, tendrá la consideración de contrato de concesión de construcción y explotación de obras hidráulicas, aquel en el que, teniendo por objeto la construcción, conservación y explotación de las obras definidas en el apartado primero, la contraprestación al cesionario consista en el derecho a percibir la tarifa prevista en el apartado seis, letra a), del presente artículo.* El apartado seis, a) establece el régimen económico-financiero del contrato determinando que Las tarifas que perciban los concesionarios serán fijadas por la Administración competente incluyendo en las mismas los gastos de funcionamiento, conservación y administración, la recuperación de la inversión y el coste del capital, en los términos previstos en el contrato de concesión.

<sup>322</sup> Un ejemplo lo tenemos en los proyectos de la Estación de Depuración de Aguas Residuales (EDAR) de La Cartuja, Zaragoza , EDAR Cádiz - San Fernando, Desaladora de Marbella, Sistema de Depuración de Castilla La Mancha (Inversión parcial por contratista que explota la instalación durante 8 años), Planta de Secado Térmico de Biosólidos del Besós , (Empresa de economía mixta), Planta de Secado Térmico de Biosólidos EDAR Sur de Madrid , Planta de Secado Térmico de Biosólidos EDAR de Butarque (Madrid), Sistema de Depuración de Cataluña – 2003 (Grupos de EDARES de pequeño tamaño: < 5.000 habitantes), Desaladoras de las Islas Baleares, Desaladora de Ceuta, Sistema de Depuración de Aragón, (Grupos de EDARES de pequeño tamaño: < 5.000 habitantes)



#### 4. LAS INFRAESTRUCTURAS SANITARIAS.

Más novedosa resultó la aplicación de una fórmula concesional en el ámbito de las infraestructuras sociales y, particularmente en el sector sanitario, como medio para construir y explotar equipamientos hospitalarios, siendo la concesión, como modalidad de gestión de servicio público, la más utilizada últimamente<sup>323</sup>. En efecto, cada vez son más las CCAA que incorporan la concesión como modalidad de contrato típico de gestión de servicios públicos sanitarios, sin embargo, y a diferencia del concierto -fórmula contractual asumida sin reservas para la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos- el uso de la concesión para la gestión de servicios sanitarios no ha estado exento de polémica.

El rechazo que inspira el empleo de la concesión para la gestión de servicios sanitarios públicos estriba, fundamentalmente, en el hecho de que, a diferencia de lo que acontece con el concierto y el convenio singular, que no comportan una desvinculación de la Administración Sanitaria de la gestión, pues se trata más bien de fórmula de integración de terceros en el servicio público sanitario, la concesión representa un externalización del servicio a favor de terceros.

En todo caso, la doctrina y jurisprudencia mayoritarias consideran perfectamente admisible la técnica de la concesión administrativa para la gestión de los servicios sanitarios públicos<sup>324</sup> y con ese criterio la Generalidad

---

<sup>323</sup> También en el ámbito de los servicios sociales como la construcción y explotación de residencias de mayores.

<sup>324</sup> Como ha señalado el Tribunal Constitucional en Sentencia nº 37/94, *"el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de seguridad social (...) es un derecho de estricta configuración legal, y que el carácter público del sistema no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privada"*. dado que las bases jurídicas del Sistema Nacional de Salud no exigen una gestión pública directa y exclusiva (STS 20/12/2005), resulta perfectamente legal la figura de la concesión administrativa en este ámbito ya que si bien es cierto que la Ley General de Sanidad no recogía ni permitía otras fórmulas de gestión indirecta de hospitales públicos que el concierto y el convenio de vinculación singular, aquella no agota la normativa específica en materia de Sanidad Pública, ya que tanto el Real Decreto-Ley 10/1996, como la Ley 15/1997 ampliaron los términos de la Ley 14/86 acogiendo la posibilidad de la gestión indirecta mediante acuerdos, convenios y

Valenciana fue la primera Administración que dio el paso hacia la utilización de la figura de la concesión para la construcción y explotación de un centro hospitalario, si bien adecuando los perfiles característicos de esta modalidad de gestión indirecta de servicios públicos, a las peculiaridades propias de la sanidad pública (Lomas y Larios, 2007:13).

El primer proyecto de gestión indirecta hospitalaria fue el Hospital de la Ribera en Alcira y se caracterizó por la concesión de la construcción, equipamiento y explotación del hospital incluyendo el servicio público sanitario. La retribución del concesionario se planteó mediante el mecanismo del “peaje sombra” con pagos periódicos de la Administración de acuerdo a bases capitativas, esto es, en función del número de usuarios del servicio de manera que se traslada el riesgo de demanda al sujeto privado.

De esta manera la totalidad de los servicios que ofrece toda institución hospitalaria pública es asumida por el sector privado, siendo la financiación pública a través de un sistema de pago caputivo en virtud del cual la Generalidad Valenciana paga al concesionario una cantidad anual por cada uno de los habitantes del Departamento de Salud incluidos en el sistema de información poblacional para que sean atendidos, y todo bajo un estricto control público encarnado en la figura del “comisionado”. Asimismo, aunque el sector privado construye y gestiona el Hospital en su conjunto y presta la totalidad de los servicios derivados de la asistencia sanitaria el Centro mantiene su titularidad pública integrándose en la red pública hospitalaria titular del servicio público y revertirá a la Administración al finalizar el plazo concesional (Lomas y Larios, 2007: 14)<sup>325</sup>. El modelo de gestión indirecta

---

contratos con personas o entidades públicas o privadas (STSJ de Valencia de 20 de diciembre de 2000).

<sup>325</sup> Como señalan (Lomas y Larios, 2007: 14, nota 33) “En este modelo aún cuando el esfuerzo inversor proviene del sector privado, y es éste el que se responsabiliza de la construcción del hospital, su puesta en funcionamiento en las condiciones establecidas en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, su correcto mantenimiento durante toda la vigencia de la concesión, así como la gestión de la totalidad de los servicios del Hospital (sean sanitarios o no sanitarios), el centro no pierde su naturaleza jurídica pública durante y una vez expirado la vigencia de la contrata y ello porque, en tanto dura la concesión, la institución hospitalaria se integra en la red asistencial de la Administración, que en todo momento ostenta la

empleado por la Generalidad Valenciana en el Hospital de Alzira fue posteriormente generalizado para toda el Área de Salud de esta demarcación geográfica<sup>326</sup>.

Este mismo modelo se utilizó igualmente en el proyecto de construcción y explotación del Hospital de Valdemoro en la Comunidad de Madrid.

En esta última Comunidad, sin embargo, se implantó de forma generalizada para la construcción de nuevos hospitales el esquema *DBFO* que sirvió para el desarrollo de infraestructuras hospitalarias en el Reino Unido<sup>327</sup>. Bajo la modalidad de contrato de concesión de obra pública el contenido del contrato incluye:

- La redacción del proyecto de construcción, de acuerdo con el Anteproyecto aprobado por la Consejería de Sanidad y Consumo.
- La ejecución de las obras que se definan en el proyecto de construcción del Hospital por la sociedad anónima concesionaria o a través de un tercero subcontratado, incluyendo la dotación de mobiliario y del

---

titularidad del servicio público (no así la prestación material del mismo) y, una vez finalizado el plazo contractual, los bienes han de revertir a la *Generalitat* en su conjunto, y esto sin obviar que el dato esencial de que el suelo sobre el que se lleva a cabo esta edificación es suelo público”.

<sup>326</sup> Desde que se instauró el modelo público-privado de gestión sanitaria en 1999, la Consejería de Sanidad de la Comunidad Valenciana ha adjudicado cinco proyectos de gestión hospitalaria: Hospital de la Ribera en Alzira, Hospital de Torrevieja Denia Manises y el Hospital de Elche. En todos estos proyectos participan las Cajas de Ahorros, correspondiendo la financiación, propiedad y control de la infraestructura sanitaria a la Consejería de Sanidad, mientras que las compañías concesionarias se responsabilizan de la construcción, el equipamiento y la gestión del nuevo hospital.

<sup>327</sup> Los centros que la Comunidad de Madrid construye bajo la forma de concesión de obra pública son el *Hospital de Majadahonda* (La empresa concesionaria es “Hospital de Majadahonda, S.A.” y el presupuesto de inversión asciende a 182.282.000 €); *Hospital de Parla* (La empresa concesionaria es Testa Hospitalaria de Parla, S.A. y el coste total de la inversión se estima en 71.987.000 €, siendo el plazo de ejecución de 18 meses), *Hospital del Henares* (La empresa concesionaria es Testa Hospitalaria de Coslada, S.A. y la inversión que se ha de efectuar asciende a 80.135.000 €); *Hospital de Vallecas* (La empresa concesionaria es “Hospital de Vallecas, S.A.” y el presupuesto de la inversión es de 87.790.000 €); *Hospital del Norte* (La empresa es “Sociedad Concesionaria Hospital del Norte, S.A.” y el presupuesto de inversión 91.602.000 €); *Hospital del Sureste* (La empresa concesionaria es “Concesionaria Hospital del Sureste, S.A.” y el presupuesto de la inversión asciende a 65.653.000 €) y *Hospital del Tajo* (La empresa concesionaria es “Sociedad concesionaria Hospital del Tajo, S.A.” y el presupuesto de la inversión 44.525.000 €).

equipamiento necesarios para la prestación de los servicios residenciales y complementarios no sanitarios propios del mismo y las explotaciones comerciales.

- La explotación y mantenimiento de la obra pública consistente en la puesta a disposición del Hospital en unas condiciones optimas de utilización y calidad a través de la provisión de los necesarios servicios residenciales y complementarios no sanitarios establecidos en el Pliego de Cláusulas. Asimismo, corresponde al concesionario la explotación de las zonas complementarias y espacios comerciales autorizados por la Administración.

Los servicios médico-sanitarios se excluyen del ámbito del contrato, prestándose directamente por el personal sanitario de la Comunidad de Madrid<sup>328</sup> y el plazo de duración del contrato se fija en 30 años, contados desde el día siguiente al de la formalización del mismo y a la finalización de dicho periodo, la obra pública revertirá a la Administración concedente, así como las zonas complementarias anexas y los bienes e instalaciones incluidos en las zonas de explotación comercial.

El modelo elegido por la Comunidad de Madrid se ha basado en la completa transferencia al privado del riesgo de construcción y del riesgo de disponibilidad por lo que, a diferencia del modelo de la Comunidad Valenciana, el privado no asume en la explotación del proyecto el riesgo de demanda, esto es, la retribución del concesionario no depende de la población atendida<sup>329</sup>. La generación de flujos suficientes depende de la

---

<sup>328</sup> El proyecto se articula a través del contrato de concesión y explotación de obra pública en tanto la concesión no incluye el servicio público sanitario sino sólo los servicios complementarios derivados de la infraestructura. En tal sentido se diferencia del modelo utilizado por la Comunidad Valenciana y el Hospital de Valdemoro que se licita como un contrato de gestión de servicio público bajo la modalidad de concesión precisamente por considerar que la explotación del servicio público propiamente dicho es objeto de la concesión.

<sup>329</sup> En el proyecto no se ha estimado procedente el traslado al concesionario del riesgo de demanda, por cuanto es un riesgo que no está bajo su control y por cuya asunción aumentaría la prima de riesgo, incrementando el precio del contrato. Por el contrario, el riesgo de disponibilidad y calidad dependen de la actuación del sujeto privado, está bajo su control

retribución del concesionario que se integra, tanto por la cantidad a abonar por la Administración como contraprestación por la explotación de la obra, como por los rendimientos derivados de la explotación de las zonas comerciales y complementarias. La retribución del concesionario por la explotación de la obra es la base de la capacidad económica de la concesionaria y en Pliego de Cláusulas configura de la manera siguiente:

La Administración abonará al concesionario una Cantidad Máxima Anual (CMA)<sup>330</sup>, de conformidad con la oferta que haya resultado adjudicataria. Esta cantidad se compondrá de:

- Una Cantidad Fija Anual, no sujeta a deducciones por disponibilidad o calidad, que no podrá ser superior al 40% de la CMA.
- Una Cantidad Variable Anual, que no será inferior al 60% de la CMA. Está cantidad está sujeta en su totalidad a deducciones automáticas por fallos en el cumplimiento de los estándares de disponibilidad y calidad fijados en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPTE)<sup>331</sup>.

---

(riesgos transferibles), por lo cual deberá imputar una prima de riesgo menor, que se traducirá en una minoración del precio que paga la Administración (menor coste del traslado de riesgo). Este elemento es esencial en materia de imputación de costes a la Administración, en tanto que el privado no está asumiendo un riesgo sobre el que no tiene ningún control y por cuya asunción imputaría una prima elevada. El privado asume el riesgo de que las instalaciones estén disponibles al 100% y en unas determinadas condiciones de calidad objetivadas en el PPTE definido por la Administración. La capacidad del privado para controlar el cumplimiento de las condiciones de disponibilidad y calidad supone que la retribución que demande será coste-efectiva.

<sup>330</sup> Esta cantidad (en valor 2004, IVA incluido) se ofertará sobre la base de una ocupación media anual de las instalaciones del 85%, medida en camas ocupadas por paciente y día y de la plena y correcta disposición de la totalidad de las instalaciones a utilizar por la Administración, medida de conformidad con los parámetros objetivos establecidos en el PPTE, para un período de 24 horas al día durante todos los días de cada año.

<sup>331</sup> En el sistema de pagos descrito, la retribución variable está sometida, en su totalidad, a la aplicación del sistema de deducciones por fallos de calidad y disponibilidad. En el diseño de este modelo en la Comunidad de Madrid se planteó la posible inclusión de un límite a la aplicación de deducciones sobre la retribución variable, que supondría asegurar al concesionario un nivel de ingresos por encima de la Cantidad Fija Anual que incrementaría los flujos garantizados del proyecto, reforzando la garantía de repago a los financiadores y en la misma medida minoraría los costes financieros del proyecto, al reducirse la prima de riesgo. Como contrapartida se a esta minoración de costes, se reduciría el riesgo del concesionario por la explotación de la obra, derivándose de ello un traslado de riesgos menor y la posible contabilización del activo en el balance de la Administración. Esta conclusión deriva de la

Conforme a lo expuesto, la fórmula para calcular la retribución de la Sociedad Concesionaria se expresa cómo sigue:

$$PagoAnual = CFA + [CVA - Deducciones]$$

$$Pago Anual = CFA/12 \times IPCs/12 + [\sum TASI/12 \times IPCs/IPC_0] - (\sum DED_i) + / - (\sum CORR_i)$$

Donde:

CFA = Cantidad Fija Anual ofertada.

CVA = Cantidad Variable Anual ofertada.

IPCs = Índice General de Precios de Consumo anual publicado por el Instituto Nacional de Estadística correspondiente al último mes del año anterior a aquél para el que se realiza el cálculo.

IPC<sub>0</sub> = Índice General de Precios de Consumo anual publicado por el Instituto Nacional de Estadística correspondiente al mes anterior a la fecha límite establecida para la presentación de las ofertas por parte de los licitadores.

i = Cada uno de los *n* servicios objeto de explotación (*i* = 1, 2, 3 ... *n*).

*n* = nº de servicios objeto de explotación.

---

aplicación del principio básico según el cual la mayor asunción de riesgo por parte del concesionario se traduce en un mayor coste del proyecto para la Administración, dado que la prima de riesgo se repercute directamente sobre el precio del contrato y, por ende, en el precio a pagar por la Administración contratante. La no inclusión final de esta opción en los Pliegos de Cláusulas es una de las razones por las que la inversión de estos proyectos no consolidaron finalmente en el balance de la Comunidad de Madrid de acuerdo al criterio de Eurostat. Esto revela claramente el necesario equilibrio entre traslado de riesgos, coste-efectividad del proyecto y viabilidad económico-financiera de la concesión por cuanto un excesivo traslado de riesgos al concesionario que asegure la no consolidación implica un mayor coste y por tanto, menor coste-eficiencia, y al mismo tiempo, puede poner en riesgo la viabilidad del proyecto ante la disminución de los ingresos del concesionario, con el consecuente perjuicio para los usuarios del servicio público y los intereses generales.

**TASi** = Tarifa Anual cotizada por el servicio / objeto de explotación.

**Deducciones (DED)** = Cuantía a deducir en función de la disponibilidad y calidad efectivo de los servicios en los términos establecidos en el PPTE.

**CORRi**= Correcciones mensuales.

Este sistema de pago supone que la Administración conoce el máximo a abonar anualmente al concesionario pero no la cantidad cierta en tanto que hay un traslado económicamente significativo al mismo de riesgo durante la explotación de la obra. Sólo se garantiza un mínimo de ingresos que podrá alcanzar, como máximo, el 40% de la CMA ofertada<sup>332</sup> y el cobro de la retribución variable (Cantidad Variable Anual) depende enteramente de la correcta puesta a disposición de la obra por el concesionario, elemento este que está bajo su control y que le permitirá, en su caso, recuperar los costes de inversión y explotación, haciendo frente a los pagos de la deuda contraída.

Respecto al reparto de riesgos, con carácter general el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) establece que la ejecución del contrato, en todas sus fases, se desarrollará a riesgo y ventura de la sociedad concesionaria, que responderá de todos los daños y perjuicios causados a terceros o de cualquier otra índole sin derecho a indemnización, salvo por causa de fuerza mayor o imputable a la Administración. En concreto, y según se desprende de la regulación contenida en el PCAP, la sociedad concesionaria asume los riesgos siguientes:

#### 1. Riesgo de Construcción

La sociedad concesionaria deberá elaborar el Proyecto de Construcción y Ejecución de las obras y dotaciones objeto del contrato, desarrollándolo de acuerdo con el Anteproyecto de Construcción y ejecutará las obras según

---

<sup>332</sup> La cantidad fija no cubre enteramente los costes de inversión, o lo que es lo mismo, del cobro de la retribución variable depende la amortización de una buena parte de la inversión y la recuperación de los costes de explotación de la obra.

dicho proyecto, una vez aprobado por la Administración. Para que el traslado del riesgo de construcción sea efectivo, el concesionario deberá asumir los sobrecostes derivados de las modificaciones no aprobadas por la Administración que surjan durante la construcción de la obra<sup>333</sup>, así como los mayores costes derivados de posibles retrasos en la entrega y puesta a disposición de la misma. Igualmente responderá de los excesos de unidades de obra ejecutada que no estén contemplados en el proyecto de construcción aprobado por la Administración o no correspondan a una modificación del mismo así como de los defectos que en la construcción puedan advertirse, siendo de cuenta del adjudicatario el coste correspondiente a las demoliciones, correcciones y reconstrucciones que sean necesarias<sup>334</sup>.

<sup>333</sup> La Administración sólo podrá introducir modificaciones en el Proyecto de Construcción aprobado, por razones de interés público, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente. Sólo en este caso, se producirá el derecho a revisar el plan económico financiero del contrato para ajustarlo al incremento o disminución de costes sobrevenidos. En todo caso, las modificaciones del Proyecto de Construcción ejecutadas sin contar con la aprobación previa de la Administración, no darán derecho a compensación alguna a favor de la sociedad concesionaria, sin perjuicio de las responsabilidades en las que haya podido incurrir.

<sup>334</sup> En relación con estos aspectos, la regulación contenida en el PCAP establece:

*Modificaciones:* Respecto de la redacción del Proyecto, el órgano de contratación, antes de su aprobación, podrá requerir correcciones al mismo o a cualquiera de sus fases. Ello no dará derecho al concesionario a modificar el precio fijado en su oferta ni a la alteración del proyecto de licitación ofertado. Asimismo, se establece que la concesionaria es la única responsable del contenido técnico del Proyecto de Construcción y asumirá íntegramente la responsabilidad del resultado final de la ejecución de las obras.

*Los excesos de unidades de obra ejecutada* que no estén contemplados en el proyecto de construcción aprobado por la Administración o no correspondan a una modificación del mismo, aprobada con carácter previo por la misma, no darán derecho a compensación alguna a favor de la sociedad concesionaria, sin perjuicio de las responsabilidades en las que haya podido incurrir (Cl. 15.9).

*Retrasos:* Es obligación de la sociedad concesionaria ejecutar las obras conforme al Proyecto de Construcción aprobado por la Administración, cumpliendo con los plazos ofertados para la terminación de las distintas fases de las obras e inicio de la explotación (Cl. 8 b). El incumplimiento de los plazos establecidos para la elaboración del Proyecto o el retraso en la puesta en servicio de la obra, por parte de la sociedad concesionaria, dará derecho a la Administración a optar por la imposición de penalidades, con pérdida de la garantía definitiva, o por la resolución del contrato, según proceda, todo ello de conformidad con lo recogido en el PCAP.

Si opta por la imposición de penalidades, la Administración podrá dar un plazo a la sociedad concesionaria para que tenga la obra pública en condiciones de ser puesta en servicio, siendo de cuenta y riesgo de la misma los mayores costes que se deriven del retraso. La imposición de las penalidades no excluye la indemnización a que pueda tener derecho la



## 2. Riesgo de disponibilidad y calidad

El riesgo de explotación corresponde de forma general a la sociedad concesionaria que asumirá los riesgos y responsabilidades de toda índole, que se deriven de la explotación de la obra pública y de las zonas comerciales complementarias autorizadas en el PCAP. La explotación de la obra pública se realizará poniendo a disposición las instalaciones y el mobiliario, mediante la prestación de los servicios y explotaciones comerciales incluidas en los anexos del PCAP, midiéndose la disponibilidad de las instalaciones a través de la verificación del cumplimiento de los estándares objetivos establecidos en el PPTE. Consecuentemente los fallos de disponibilidad y calidad respecto de los estándares establecidos en el PPTE, valorados de conformidad con parámetros objetivos establecidos en los mismos, implican la aplicación automática de las deducciones correspondientes sobre la retribución del concesionario por la explotación de la obra.

Las deducciones sobre la retribución del concesionario pueden alcanzar el total de la contraprestación variable a abonar al mismo por la explotación de la obra. Esto supone un traslado de riesgo económicamente significativo, en la medida que dicha cantidad variable cubre, no sólo el coste de la explotación de la obra, sino también una parte importante del coste de la inversión. Así, una prestación deficiente por parte del concesionario, puede poner al mismo en serias dificultades financieras e, incluso, a partir de un nivel determinado de deducciones, originar la quiebra de la concesionaria.

## 3. Otros riesgos

---

Administración por daños y perjuicios originados por la demora de la sociedad concesionaria. (Cl. 15.3).

*Defectos de ejecución:* Durante el desarrollo de las obras, la sociedad concesionaria es responsable de los defectos que en la construcción puedan advertirse, siendo de cuenta del adjudicatario el coste correspondiente a las demoliciones, correcciones y reconstrucciones que sean necesarias, sin que ello suponga una ampliación del plazo contractual. (Cl. 15.10).

No se derivarán en ningún caso responsabilidades para la Administración en los siguientes casos, que se recogen con carácter meramente enunciativo:

- Los resultados de la explotación de las zonas comerciales.
- La evolución del uso del Hospital objeto del contrato.
- El aumento, supresión, reducción o modificación de los servicios médicos que sirvan en la zona o los que se prevean en un futuro.
- La sociedad concesionaria asume el riesgo derivado de la evolución de los mercados financieros.
- Asimismo, asume las labores de la conservación de la obra, instalaciones y mobiliario en su sentido más amplio, debiendo mantener los mismos de forma continuada en adecuadas condiciones de disponibilidad y calidad, a efectos de la correcta prestación por la Administración del servicio público sanitario al que se destinan, en última instancia, las instalaciones y equipamientos.
- Por último, destacar que se establece en el PCAP una cláusula de progreso que obliga a la concesionaria a *“mantener y explotar la obra pública de conformidad con lo que en cada momento y según el progreso de la ciencia, disponga la normativa técnica, medioambiental, de accesibilidad y eliminación de barreras y de seguridad que resulte de aplicación, introduciendo, asimismo, las mejoras que disponga la Administración a tal efecto”*.

De acuerdo con lo establecido en el TRLCAP, el PCAP garantiza el principio del mantenimiento del equilibrio económico del contrato y se prevé su reequilibrio en aquellos supuestos contemplados en el mismo (cláusula 20) que supongan su ruptura en perjuicio de alguna de las partes.

Una vez planteado el marco regulatorio de las infraestructuras en España procede analizar, desde un enfoque eminentemente conceptual, la naturaleza de las fórmulas que recientemente se han ido implementando de

forma generalizada con la finalidad de verificar en qué medida suponen alguna novedad respecto de las formas de participación privada ya existentes en nuestro país y si, en último término, podemos hablar realmente de la presencia de la colaboración público-privada como una novedosa forma de acción pública prestacional largamente arraigada en otras tradiciones jurídicas.

## **CAPÍTULO OCTAVO.- VALORACIÓN DE LA PRÁCTICA CONCESIONAL ESPAÑOLA RECIENTE COMO MODELO DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA**

### **I. CONSIDERACIONES GENERALES**

La doctrina administrativista española ha estudiado profusamente los nuevos esquemas de provisión de infraestructuras desarrollados por las distintas administraciones públicas en estos últimos años con rigor científico pero con un enfoque, a nuestro juicio, limitado por ignorar sus fundamentos.

Abundan en este sentido excelentes trabajos descriptivos de las distintas fórmulas y su problemática jurídica, contable y financiera en el contexto de la práctica y marco normativo administrativos, bajo la premisa incuestionada de que dichas fórmulas representan fielmente la adopción de la colaboración público-privada como novedosa forma de acción pública presente en los países anglosajones o, en último término, del concepto comunitario que sobre tal práctica se recoge básicamente en el Libro Verde (Juan Lozano y Rodríguez Márquez, 2006; Míguez Macho, 2008; Acerete Gil, 2006; Izquierdo y Vasallo, 2004). Afirmación que carece de soporte sin un análisis en profundidad sobre cuales son los verdaderos fundamentos de la colaboración y en qué medida están presentes en el escenario infraestructural español. Precisamente, la ausencia de esa reflexión fundamental es lo que, a nuestro entender, se pone de manifiesto en las recientes aportaciones doctrinales en la materia.

Como ya se ha señalado anteriormente, en España la participación del sector privado en el desarrollo de infraestructuras públicas de transporte, hidráulicas y sanitarias ha tenido una presencia ciertamente destacada en la práctica administrativa a través, fundamentalmente, de la figura de la concesión de obra pública. Y dicha experiencia ha suavizado la asimilación por las administraciones públicas y los agentes económicos y sociales de

unas fórmulas contractuales e institucionales que, aún incorporando significativas novedades en los mecanismos de articulación financiera de los proyectos, han sido percibidas como proyección natural de los esquemas ya ampliamente consolidados en nuestro acervo.

Puede decirse sin lugar a dudas que se han reproducido básicamente los esquemas surgidos en el seno de la *PFI* británica, esto es fórmulas del tipo *DBFO*, adaptándolos a las peculiaridades jurídico-administrativas que nuestro ordenamiento contractual público imponía al tratamiento del contrato de concesión a través de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, y la actual regulación de dicho contrato en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP).

El proceso persiguió la obtención de los mismos objetivos que los planteamientos originales ante la aparición de unas necesidades socio-económicas similares, y ello mediante su canalización a través de formas jurídicas propias, como el contrato de concesión, que permiten una rápida asimilación por el ordenamiento y, en este sentido, puede considerarse como una práctica administrativa inercial conducente a la importación literal de formas surgidas en contextos jurídico-políticos peculiares únicamente con el objetivo de atender necesidades públicas coyunturales.

A nuestro entender, esta identificación automática de los esquemas concesionales inspirados en las fórmulas de la *PFI* que se multiplican incontroladamente en nuestro país con la figura de la colaboración público-privada en su concepción original implica una evidente simplificación conceptual por cuanto su implantación se lleva a cabo sin adoptar el andamiaje teórico que sustenta el concepto de colaboración público-privada y obviando, por tanto, su profundo enraizamiento en una serie de fundamentos y principios teóricos que les dotan de su verdadero sentido y que ya han sido destacados suficientemente en este trabajo.

Es obvia la referencia generalizada a la *PFI* inglesa como origen inmediato de dichas fórmulas, y cierta vinculación es fácilmente contrastable, pero la pretensión de que con la simple introducción del "peaje sombra" o los pagos por disponibilidad en la figura de la concesión de obra pública española ya puede hablarse de colaboración público-privada nos resulta ciertamente difícil de aceptar. Así, gran parte de la doctrina ha acogido este fenómeno de expansión de esquemas concesionales como el nacimiento de una nueva tendencia de gestión y financiación de infraestructuras públicas en nuestro país identificada con la figura de la colaboración público-privada de larga tradición en los países anglosajones y auspiciada desde las instancias comunitarias.

La ya generalizada definición de estas fórmulas como *asociaciones público-privadas* o *colaboración público-privada*, como fiel traducción de la denominación angloamericana, ha ido consolidando un tratamiento de estas fórmulas concesionales como la expresión de un proceso de adaptación de una novedosa concepción de la regulación pública de las infraestructuras a nuestra práctica administrativa y, fundamentalmente, al marco normativo concesional español.

Tres son los aspectos que impiden, en nuestra opinión, considerar las fórmulas concesionales recientemente adoptadas en España como una verdadera expresión de la colaboración público-privada: en primer lugar, su finalidad exclusivamente presupuestaria, en segundo término su alcance limitado, referido únicamente a la financiación privada y, por último, su inadecuada articulación a través del contrato de concesión de obra pública.

## II. LA INADECUACIÓN DE SU FINALIDAD: LA CONSECUCCIÓN DEL OBJETIVO DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA.

La experiencia en el ámbito europeo, y muy especialmente en el caso español, está demostrando la existencia de un proceso de identificación de la

figura genérica de la colaboración público-privada con el cumplimiento de los criterios armonizadores establecidos por la Comisión Europea en ciertos esquemas contractuales que ni siquiera reúnen las características que la propia Comisión y otras instancias comunitarias reconocen como definitorias de un concepto más o menos comprensivo de la colaboración público-privada. Esto significa una limitación extraordinaria en el desarrollo conceptual de este fenómeno aún incipiente en Europa y en la identificación de sus fundamentos básicos como veremos más adelante en el caso español.

En España, como ha puesto de manifiesto Míguez Macho (2008: 167) el renacimiento que la concesión de obras públicas ha experimentado en nuestro Derecho (...), no tiene que ver tanto con el cambio de papel del Estado en la economía o con el deseo de aprovechar las técnicas y la experiencia del sector privado como con la ya mencionada necesidad de no incurrir formalmente en déficit a la hora de ejecutar y gestionar infraestructuras costosas.

Un proceso que Ruíz Ojeda (2006: 541) resume muy acertadamente al señalar que “los trucos de los Estados miembros han alcanzado niveles de innovación francamente decepcionantes y de naturaleza casi estrictamente formal: denominaciones legales rocambolescas de viejos instrumentos o juegos de palabras que ni siquiera merecen el calificativo de ingeniosos. Las concesiones y los contratos de financiación privada de infraestructuras y servicios públicos constituyen la *tercera generación* (la segunda sería la creación de entidades instrumentales). En realidad es la *primera generación* de endeudamiento público, ya que buena parte de de los sectores públicos, al menos en sus inicios, no eran sino el resultado de operaciones de nacionalización o de gestión directa en mano pública de las primeras concesiones”.

El recurso a la financiación privada para afrontar la inversión necesaria en proyectos de infraestructura, primero de los objetivos fijados en el Libro Verde, y las normas para su no consolidación en el balance de las

administraciones públicas a efectos del objetivo de estabilidad, se han convertido en los únicos criterios identificadores de los esquemas de colaboración público-privada, olvidando el resto de elementos esenciales que dotan a esta figura de su naturaleza peculiar como forma alternativa de provisión pública.

Un riesgo que la propia UE ha puesto de manifiesto reiteradamente al abordar el complejo fenómeno de la colaboración público-privada, insistiendo en que su fomento deberá estar ligado a una comprensión global de la figura, con sus tres objetivos básicos. Como señala el Dictamen del Comité Económico y Social sobre el tema "El refuerzo del derecho de concesiones y de contratos de asociación entre los sectores público y privado (APP)", de 19 de octubre de 2000<sup>335</sup> – CES 1192/2000: *"La APP no significa únicamente recurrir al sector privado para financiar proyectos de inversión, sino también recurrir a las competencias y al "know-how" de gestión del sector privado para realizar y gestionar proyectos públicos de manera más eficaz durante el largo periodo de su explotación. (...)".*

Ello significa que aquellos países que pretender seguir las fórmulas propuestas por la PFI inglesa a través de esquemas concesionales DBFO con retribución tipo "peaje sombra" o "pago por servicios" deberán asegurarse de que el traslado de las responsabilidades y riesgos sobre la construcción y la explotación al sector privado no responde únicamente a razones presupuestarias, trasladando el nivel de riesgo estrictamente necesario para lograr la no consolidación del activo en las cuentas públicas, sino a la búsqueda de la eficiencia en la provisión de manera que la libertad del privado para construir y operar permita al sector público centrarse en el control de la calidad del servicio y garantizar el interés público<sup>336</sup>.

---

<sup>335</sup> Dictamen del Comité Económico y Social "El refuerzo del derecho de concesiones y de contratos de asociación entre los sectores público y privado (APP)", de 19 de octubre de 2000 - CES 1192/2000-.

<sup>336</sup> El Dictamen del Comité Económico y Social sobre el tema "El refuerzo del derecho de concesiones y de contratos de asociación entre los sectores público y privado (APP)" de 19



No debiera ser, por tanto, el criterio para decidir la colaboración con el sector privado si el activo generado por el proyecto se clasifica en el balance del sector Gobierno o en el balance del privado. En este sentido, los esquemas de colaboración con el sector privado no pueden presentarse como una solución estrictamente financiera para el sector público ya que sin un planteamiento integral y más profundo de la colaboración “el sector publico corre el peligro de llevar a cabo proyectos de colaboración público-privada por razones inadecuadas, como una mejora a corto plazo de la situación presupuestaria en perjuicio de una solidez financiera a largo plazo”<sup>337</sup>.

Como advierte muy atinadamente el Libro Verde en su nota 5: “Si bien es cierto que la cooperación entre los sectores público y privado puede ofrecer ventajas microeconómicas, al permitir realizar un proyecto con la mejor relación calidad/precio y preservar al mismo tiempo los objetivos de interés público, no es posible, sin embargo, presentar dicha cooperación como una solución milagrosa para el sector público, que tiene que hacer frente a restricciones presupuestarias. La experiencia demuestra que es conveniente determinar para cada proyecto si la opción de colaboración ofrece una plusvalía real en relación con las demás posibilidades, como la adjudicación más clásica de un contrato”<sup>338</sup>.

De todo ello se desprende que la aproximación comunitaria al fenómeno de la colaboración tiene un carácter limitado en tanto surge como constatación de una realidad nueva y particular como es el desarrollo de los modelos derivados de la *PFI*, que en sí misma también una versión particular de una realidad mucho más amplia y polivalente como es la colaboración

---

de octubre de 2000 – CES 1192/2000- señalaba: “*Algunos Estados han decidido hacer de la APP una herramienta central de su acción pública. El Gobierno británico sentó el principio de que el recurso al sector privado permite limitar la acción del poder público a la parte fundamental de sus misiones y concentrarse en la calidad de las prestaciones*”.

<sup>337</sup> Informe del Parlamento Europeo sobre la Colaboración Público-Privada y el Derecho Comunitario en materia de Contratación Pública y Concesiones 2006/2043.

<sup>338</sup> Véase la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo «Finanzas públicas en la UEM – 2003», *European Economy*, nº 3, 2003 [COM (2003) 283 final].

público-privada, y con un alcance circunscrito a la tarea de armonización de su tratamiento en los distintos países miembros.

En ningún caso nace con una voluntad de *numerus clausus* u omnicompreensiva del espectro de manifestaciones posibles de la colaboración ni, conceptualmente se atreve a definir tal fenómeno más allá de unos rasgos básicos comunes en la praxis más generalizada. Consecuentemente, se hace necesario contemplar un modelo institucional variado y flexible de colaboración público-privada que pueda adaptarse a cada caso particular, en diferentes situaciones y con distintos participantes, lo cual excede de la perspectiva adoptada por el derecho comunitario (Cavallier, 1998: 17).

Pese a esta incapacidad para ofrecer una referencia conceptual y regulatoria de garantías, los documentos comunitarios ya perfilan la necesidad de enfocar la colaboración con una perspectiva más elevada y ambiciosa que la servir de simple parche presupuestario, y es la de abrazar un nuevo marco relacional entre los sectores público y privado que supere los parámetros hasta ahora conocidos en la contratación tradicional y apueste por aprovechar las capacidades de uno y otro en aquello en lo que más eficiencia puedan aportar; un primer paso para reconocer desde instancias comunitarias la realidad de la filosofía colaborativa como un acercamiento diferente a la regulación pública de las infraestructuras desde una concepción radicalmente distinta de las ya conocidas fórmulas contractuales e institucionales que supere la ortodoxia en los planteamientos prestacionales.

Así se recoge, por ejemplo, en la Comunicación de la Comisión relativa al Desarrollo de la red transeuropea de transporte: Financiaciones innovadoras e Interoperabilidad del telepeaje” -COM (2003) 132- al decir que “Esta revisión del derecho administrativo clásico en el caso de la concesión ya ha comenzado en algunos Estados miembros. (...) Son necesarias nuevas ideas, cláusulas innovadoras, así como la superación del concepto tradicional de "público" con el fin de fomentar esta tendencia a nivel comunitario”.

En el mismo sentido el Libro Verde sobre "Colaboración para una nueva organización del trabajo" (*Green Paper of the European Union "Partnerships for a New Organisation of Work"*) publicado en 1997, ya demanda nuevas estructuras organizativas entre los sectores público y privado en muchos de los sectores esenciales de la vida social. Entre ellos, las infraestructuras se conciben como elementos esenciales para la productividad y la mejora de la calidad de vida. Se hace referencia de forma expresa al término gobernanza en contraste al Gobierno como forma de organización, definiéndose como aquellas formas de cooperación interorganizativa entre diferentes actores públicos y privados, especialmente en el ámbito local o urbano (Cavallier, 1998).

Este proceso también se ha producido más allá del ámbito europeo, en países como Australia (especialmente en el Estado de Victoria), donde la experiencia en proyectos *PPP* evolucionó en los objetivos a que iban dirigidos desde una inicial finalidad puramente financiera y contable hacia una perspectiva más enfocada en la eficiencia. Así, en el periodo entre finales de los años ochenta y principios de los noventa del siglo XX, la razón principal que justificaba la utilización de los *PPP's* era la obtención de financiación fuera del balance de las Administraciones, de manera que no computara en los límites globales impuestos por el Comité Australiano de Endeudamiento (*Australian Loan Council*). La postura del Estado enfocada únicamente a su capitalización sin repercusiones contables llevó a la prestación de garantías públicas para asegurar la viabilidad de los proyectos y atraer más capital privado pero limitando al mínimo el riesgo asumido por el sector privado. Ello derivó en proyectos ineficientes cuyo coste final tuvo que ser asumido por los contribuyentes.

Tras un periodo de transición en el que parte de los defectos anteriores se fueron moderando, desde el año 2000 a la actualidad se produce un significativo cambio en las políticas públicas respecto de los proyectos con participación privada en el sentido de que la principal finalidad es alcanzar la eficiencia de los proyectos en términos de coste de la inversión para el sector

público y la primacía del interés público mediante la asignación óptima de los riesgos del proyecto a lo largo de la vida del mismo (Maguire y Malinovitch, 2004: 28).

Con esto no queremos decir, ni mucho menos, que la regulación por Eurostat de los criterios de contabilización aplicables a las fórmulas de financiación privada a efectos del objetivo de estabilidad no sean a todas luces necesarios, ni restar su importancia como referencia para el correcto tratamiento de realidades que no coinciden en la forma, aunque sí en la esencia, con los esquemas ya conocidos. Más bien, al contrario, tal regulación se adivina esencial en aras de una mayor disciplina y eficiencia en la gestión pública de bienes y servicios, su adecuado registro en las cuentas públicas de acuerdo a la esencia económica que reside en cada operación y la homogeneidad y transparencia de la acción pública en el espacio de la Unión Europea.

Como acertadamente señala González García (2006: 3) se propone lo que se denomina una “visión positiva” de la aplicación de la estabilidad presupuestaria a la construcción de infraestructuras. Con ella, Eurostat habría introducido cierto rigor en el funcionamiento administrativo, ya que la estabilidad obliga a ajustar mejor las prestaciones que va a abonar la Administración en ejecución de los contratos de obra. Además, introduce criterios de eficacia en la asignación de los recursos.

Parece claro, por tanto, que el establecimiento de unos criterios precisos para la calificación de los proyectos que cuenten con participación privada en la financiación contribuye decisivamente a mejorar la disciplina presupuestaria y la veracidad de las cuentas públicas a efectos de cumplimiento del objetivo de estabilidad. La exigencia de que se traslade al sector privado una parte sustancial de los riesgos de construcción y demanda o disponibilidad para la no consolidación del activo en el balance de la Administración servirá igualmente para acentuar las diferencias entre contratos de naturaleza distinta como son los contratos de obra y las

concesiones, evitando la habitual tendencia a la dilución de los conceptos mediante, por ejemplo, la asunción por la Administración de la mayoría de los riesgos del contrato en una concesión de obra pública.

Con todo ello, sin embargo, debemos descartar el elemento presupuestario como única referencia de criterio en el análisis de la colaboración público-privada. La captación por los poderes públicos de capital privado, aún siendo un aspecto nuclear de la participación del sector privado en la provisión de bienes públicos, no debe erigirse en causa única de tal actuación ni, mucho menos, servir como rasgo definitorio de una figura compleja y poliédrica como es la colaboración público-privada.

En nuestra opinión, utilizar el análisis de los criterios de consolidación contable establecidos por Eurostat como único elemento de valoración respecto de la colaboración público-privada nos conduce a un error de concepto: confundir causas y consecuencias.

El traslado de ciertos riesgos -construcción, demanda, disponibilidad- es una *consecuencia* propia del reparto efectivo de riesgos que un esquema de colaboración establece en aras de una mayor coste-eficiencia del proyecto, y sirve como indicio, a efectos de su contabilización, de la realidad económica de la operación respecto de la propiedad de los activos construidos. En ningún caso debe ser la *causa* que motiva la calificación de un esquema como colaboración público-privada que, por el contrario, se encuentra en una diferente posición de los sectores público y privado en la relación prestacional que implica la búsqueda de la eficiencia a través de la libertad del privado para construir y operar, el reparto de riesgos y beneficios y la redefinición del papel del sector público hacía una propuesta de definición de los *outputs* y objetivos y la garantía de los intereses generales.

Por eso estamos incurriendo en nuestro país en una suerte de autoengaño, al calificar de colaboración público-privada lo que no pasan de ser, tal como se ve en la experiencia más reciente, formas de diferimiento de

las inversiones con el necesario camuflaje formal para eludir la incidencia en el déficit público. A pesar de las ya mencionadas advertencias de la UE sobre el inadecuado enfoque de estas fórmulas de colaboración público-privada sobre el aspecto puramente presupuestario, en España ni se ha comprendido, ni se ha aceptado, y se ha desechado, hasta el momento, el verdadero valor de la colaboración para la reforma del sector público y la eficiencia, limitándose a cumplir formalmente con los criterios de Eurostat.

### III. LA ERRÓNEA IDENTIFICACIÓN DE LA FINANCIACIÓN PRIVADA CON LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA.

Como se ha ido demostrando en el apartado anterior las nuevas fórmulas concesionales e institucionales implantadas recientemente en España han tenido un objetivo esencialmente financiero, en tanto formas avanzadas de captación de recursos procedentes del sector privado que permitieran afrontar las acuciantes necesidades de inversión infraestructural de las distintas administraciones públicas y sin afectación al déficit público y, consecuentemente, al cumplimiento del objetivo de estabilidad. Podemos decir sin temor a equivocarnos que se ha reproducido el modelo de financiación privada alternativa para inversiones públicas que propuso el Gobierno del Reino Unido con el lanzamiento de la *PFI* en 1992.

Se ha importado la articulación financiera que distinguió la variante *DBFO* de los esquemas originales de los que provenía y que consiste básicamente en trasladar la retribución al operador privado desde los usuarios a la propia Administración concedente, permitiendo la utilización de la financiación privada en aquellas infraestructuras, como por ejemplo las sociales, que deben tener carácter gratuito para la ciudadanía. La utilización de estos mecanismos adaptados a los criterios de traslación de riesgo que exige Eurostat para la no consolidación contable de la inversión en las cuentas públicas ha permitido que en nuestro país podamos hablar de una política de

financiación privada alternativa a la presupuestaria para el desarrollo de proyectos públicos.

Ello ha llevado a la simplificación conceptual que identifica financiación privada con colaboración<sup>339</sup> o, cuanto menos, reduce la colaboración público-privada a la colaboración en la financiación, y que ha tenido acogida en buena parte de las autoridades públicas, el mercado y la doctrina científica (Juan Lozano y Rodríguez Márquez (2006); Acerete Gil, 2006; Izquierdo y Vasallo (2004); Abelaira Dapena (2006). Aún más, sorprendentemente tal identificación se ha circunscrito únicamente a los esquemas concesionales que incorporaban los mecanismos de retribución a cargo de la propia Administración propios del modelo *DBFO* –peaje en sombra o pago por servicios- obviando, sin embargo, los esquemas concesionales clásicos a través del pago por los usuarios o autofinanciados que, sin duda, son la más tradicional expresión de la financiación privada.

Esta postura no se sostiene desde nuestro punto de vista por dos razones fundamentales: en primer lugar, la financiación privada es una de las posibles funciones que asume el sector privado en el ámbito de la colaboración, muy frecuente es cierto, pero conceptualmente no determina necesariamente la existencia de ésta y, en segundo término, la concepción original de la colaboración público-privada le otorga una dimensión mucho

---

<sup>339</sup> Son numerosos los ejemplos de tal postura. Sirvan como muestra Puerto Cella (2006)., al decir que “viene entendiéndose por colaboración público-privada un sistema de financiación mixta (...)”, Bayón Maríné (2006) al señalar que “todo sistema de Colaboración Público-Privada gira sobre un régimen de financiación privada”, y el propio Plan Estratégico de Infraestructuras de Transporte (PEIT) 2005-2020 elaborado por el Ministerio de Fomento que en su Apartado 8 literalmente establece “Marco económico y financiero del PEIT”: “Los modelos de financiación público-privada en infraestructuras, no siendo absolutamente novedosos, han adquirido especial relevancia en las últimas décadas, tanto en el ámbito comunitario como en el no comunitario, unidos generalmente al denominador común de las restricciones presupuestarias y la necesidad creciente de disponer de más y mejores infraestructuras. En el caso de España, el esquema de colaboración público-privada (PPP), ha pasado por igual proceso. En la última década se ha incrementado sustancialmente el volumen de infraestructuras cuya construcción ha sido financiada con aportación de recursos privados. Es en la construcción de autovías, autopistas y puertos donde más han encontrado eco las fórmulas PPP en España”.

más amplia que la simple atracción de capital privado. Veamos a continuación estos planteamientos.

## 1. LA FINANCIACIÓN PRIVADA COMO PARTE DE UN TODO.

En este punto conviene distinguir dos conceptos -financiación y retribución- que son diferentes en su esencia. Al hablar de financiación pública o privada debemos referirnos a la naturaleza del sujeto que asume la responsabilidad de financiar el proyecto asumiendo el riesgo financiero del mismo y los costes de su ejecución, esto es, el empleo de las inversiones de capital necesarias con la expectativa de su recuperación y la obtención de los correspondientes réditos a través de la explotación del activo construido, con independencia de dónde procedan las retribuciones que constituyen dicha explotación.

La naturaleza de la financiación tiene que ver con quién asume el riesgo y no con la procedencia de los pagos que retribuyen la explotación (Valcárcel Fernández, 2007: 7)<sup>340</sup>.

En este sentido, nos referiremos a la financiación privada en aquellos casos en que los particulares acopien los recursos dinerarios necesarios para la ejecución de una obra pública arriesgando tal inversión bajo la incertidumbre de una explotación incierta que le permita recuperar lo aportado y obtener la rentabilidad esperada (Valcárcel Fernández, 2007: 6).

A tal efecto es indiferente que las retribuciones en que pudiera consistir tal explotación procedan directamente de los usuarios de la obra o sean aportados por la Administración Pública concedente siempre que se respete

---

<sup>340</sup> Y concluye la autora que: *"En general, para poder afirmar que nos encontramos ante un ejemplo de financiación privada de obras -así particularmente los contratos de CPP- resulta indispensable que el contratista no sólo asuma los riesgos de construcción (deficiencias técnicas, posible encarecimiento de materiales, retrasos en la entrega), sino también los de disponibilidad, gestión u operativos (mayores costes de explotación que los inicialmente previstos, responsabilidades surgidas por prestación del servicio en peores condiciones de las pactadas), los de demanda (uso del bien explotado o prestación de un servicio por debajo de los niveles previstos) y los financieros asociados al incremento del coste final por la concurrencia de los anteriores"* (Valcárcel Fernández, 2007: 7).



el riesgo de explotación (Ariño Ortiz y Villar Ezcurra, 2002: 190). Añaden los autores que “la concesión es básicamente un sistema para la gestión privada de las infraestructuras pero no necesariamente para su financiación con cargo a recursos privados. Lo que tiene de peculiar esta figura es que se externaliza una actividad que, de otro modo, sería atendida de forma directa por los servicios de las administraciones públicas y eso es lo que reflejan las fórmulas anglosajonas conocidas con las siglas *BOT* (*Build, Operate and Transfer*), *DBOT* (*Design, Build, Operate and Transfer*) y otras similares. Lo realmente importante de todas estas fórmulas es la fase de operación (*operate*) que se encomienda al concesionario de una infraestructura y que nosotros traducimos como explotación.

Se trata como finalidad primordial de poner en práctica el *outsourcing*, por el convencimiento de que el empresario particular es mucho más apto que la Administración para gerenciar una explotación económica. (...) El hecho de que la explotación se remunere con cargo a recursos públicos o privados es algo indiferente para esta fórmula, que admite todo tipo de remuneración” (Ariño Ortiz y Villar Ezcurra, 2002: 190).

Valcárcel Fernández (2007: 6) señala que “en suma, en sentido amplio cabe considerar que estamos ante un supuesto de financiación privada de obras públicas cuando se recurre al préstamo a través de los bancos o del mercado financiero, siendo, además conforme a los parámetros manejados, los peajes que se pueden imponer por el uso de infraestructuras –ya los abonen los usuarios directamente o la Administración- una forma de financiación privada”.

Por ello es posible hablar de financiación privada cuando el total de la retribución del privado proviene de aportaciones del sector público siempre que esté vinculada al uso o la disponibilidad de modo que no quede garantizada una cantidad cierta que anularía el riesgo (“peaje sombra”) y, por el contrario, cabría concebir de financiación pública los casos en que no exista ninguna aportación por el sector público pero, de manera indirecta,

garantice un nivel fijo de ingresos al sujeto privado a través de subvenciones o ayudas públicas de cualquier índole, o avale la viabilidad del proyecto y la devolución de deuda financiera asumida por el privado con garantías públicas.

La tan frecuente retribución mixta, que no financiación mixta, consistente en el pago de un canon por los usuarios complementado con aportaciones públicas directas ("peaje blando") podría calificarse de financiación pública o privada en función de quien asume el riesgo financiero del proyecto de acuerdo al nivel de certeza que adquiera la retribución para el operador.

En tal sentido tampoco no debe confundirse el concepto de financiación pública o privada con el de financiación presupuestaria o extrapresupuestaria, en tanto que esta segunda clasificación, frecuente en nuestra doctrina, atiende al impacto que las distintas fórmulas de provisión de infraestructuras tienen sobre el Presupuesto público y no al significado económico de la operación (Juan Lozano y Rodríguez Márquez (2006).

Es habitual la identificación entre financiación privada y extrapresupuestaria en referencia a su instrumentación al margen del Presupuesto, si bien, a nuestro juicio, tal equiparación no es determinante si tenemos en cuenta que prácticamente todas las soluciones para la provisión de infraestructuras, con excepción de los esquemas concesionales autofinanciados, tienen repercusión en el Presupuesto, sin dejar por ello de representar algunas de ellas fórmulas de financiación privada cuando dicha repercusión no suponga el coste total de la inversión, esto es, cuando el sujeto privado asuma el riesgo financiero y de ejecución de la obra y no únicamente el diferimiento del coste de la misma<sup>341</sup>.

---

<sup>341</sup> Un ejemplo claro de cuanto decimos es la consideración, de acuerdo con el criterio de repercusión en el Presupuesto, de las fórmulas de abono total del precio o "método alemán" y las concesiones con "peaje sombra" o "pagos por disponibilidad". Si atendiéramos únicamente a la existencia de impacto presupuestario ambas serían modalidades presupuestarias con diferimiento del gasto público por cuanto ambas suponen pagos provenientes del Presupuesto con carácter diferido a la ejecución de la obra (si lo

Como apunta Valcárcel Fernández (2007: 6) a este respecto: “daremos por buena la equivalencia entre financiación extrapresupuestaria y financiación privada de obras públicas, siempre y cuando esta opción se traduzca en estimar que el acopio de los recursos dinerarios precisos para cubrir los costes a los que ascienda la ejecución de una determinada obra pública pretenda, a priori, no tener un reflejo idéntico en el presupuesto al que tenían en el caso anterior, obteniéndose a través de las inversiones que los particulares decidan emplear, arriesgar, *motu proprio* en tal menester y que, de ordinario obtendrán de la financiación que les concedan las entidades financieras”.

Pues bien, la financiación privada es una condición frecuente en la colaboración público-privada para dotación de infraestructuras pero no imprescindible para que ésta exista. Como se ha visto anteriormente en este trabajo, existen formas de colaboración que no incluyen la asunción del riesgo de financiación por el sujeto privado sino que éste corresponde al sector público con independencia de que la retribución al privado por el mantenimiento y la operación del activo construido se obtuviese de la propia Administración o de los usuarios (por ejemplo los esquemas *Lease, Develop*

---

comparamos con el régimen de pago de los contratos de obra tradicionales en los que la Administración paga al contratista mediante abonos a cuenta o certificaciones, a medida que éste va ejecutando la obra). Por el contrario, si atendemos al criterio de asunción del riesgo de la operación, criterio que nosotros defendemos, el primero de ellos resultaría igualmente un modelo presupuestario en el que no existe financiación privada propiamente dicha ya que el contratista únicamente “adelanta” la financiación de la obra hasta su ejecución, momento en el que recibirá el total del precio pactado, pero no asume riesgo financiero alguno; se trata de un pago aplazado de la obra y, en puridad, la financiación sigue siendo pública. Sin embargo, en la modalidad de concesión con retribución a cargo de la Administración no asistimos a un diferimiento del precio sino a una verdadera financiación privada en tanto el sujeto privado asume el coste de la inversión a su total riesgo, es decir, sin que los pagos que reciba como retribución signifiquen el pago total y cierto de dicho coste por estar sometidos a la variabilidad propia del riesgo de explotación. Sólo así se pueden concebir desde el punto de vista económico estas fórmulas como arrendamientos operativos y no consolidar contablemente el importe de la inversión en las cuentas públicas. A *sensu contrario* si no existe riesgo para el sujeto privado las aportaciones presupuestarias al concesionario significan un pago aplazado de la obra en tanto aseguran el total de su coste y por ello pasan a considerarse como adquisición a plazos o arrendamiento financiero de un activo y, por ello, susceptible de registrarse en el balance de la Administración concedente por el importe total de la inversión.

*and Operate (LDO)/ Lease, Renovate, Operate and Transfer (LROT)*<sup>342</sup>, *Buy, Build and Operate (BBO)*<sup>343</sup>, *Design, Build and Operate (DBO)* sin esquema de financiación DF o *Tax-Exempt Lease*<sup>344</sup> y *Build, Operate and Transfer (BOT)*<sup>345</sup>).

Podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que la financiación privada no determina automáticamente la existencia de colaboración más allá de la lógica participación del sujeto privado en ese aspecto del proyecto aportando el capital y asumiendo los riesgos financieros del mismo. En la colaboración público-privada, en su sentido amplio, caben conceptualmente todas las posibilidades de financiación pública o privada (si bien es la financiación privada la que predomina en la mayoría de los esquemas conocidos) y retribución pública, mixta o proveniente de los usuarios. Serán las características de la relación entre el sujeto público y el privado en el devenir del proyecto las que determinarán de forma fehaciente si estamos ante un esquema de corte colaborativo. Otra cosa bien distinta es el concepto de *colaboración público-privada en la financiación* que, obviamente, implica una financiación, al menos en parte, privada, pero que en ningún caso puede equipararse a la figura de la colaboración en su concepción original.

---

<sup>342</sup> Explotación de un activo por el sector privado, incluyendo las obras de renovación, mediante la operación de servicios de interés público a largo plazo y financiándose normalmente a través de cánones pagados por los usuarios.

<sup>343</sup> Explotación de un activo por el sector privado incluyendo ampliación o extensión de los activos y financiándose normalmente a través de cánones pagados por los usuarios.

<sup>344</sup> El sector privado diseña, construye y explota el activo mediante la operación de los servicios, y lo transfiere al Estado al final del periodo contractual. La financiación a cargo del sector privado es complementaria del esquema anterior y se lleva a cabo mediante fórmulas específicas de financiación que pueden excluirse a requerimiento de la autoridad concedente.

<sup>345</sup> El sector público concede al privado el diseño, la construcción del activo y su explotación mediante el derecho al cobro de tarifas a los usuarios por el uso de aquél, transfiriéndose al Estado al final del periodo contractual. En principio incluye la financiación por el privado, aunque la fórmula *BOT* admite la posibilidad de que la financiación sea pública.

## 2. LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA COMO MODELO DE REGULACIÓN: MÁS ALLÁ DE LA SIMPLE FINANCIACIÓN PRIVADA DE INFRAESTRUCTURAS.

Puede decirse siguiendo a Allard y Trabant (2008: 8) que la principal razón, y posiblemente la única, para la implementación de los *PPP* en España durante la pasada década ha sido la obtención de financiación adicional en un momento de restricciones presupuestarias y gran necesidad de infraestructuras y servicios públicos. En tal sentido, este exclusivo énfasis en el aspecto de financiación ha condicionado decisivamente el tratamiento de los *PPP* en España ya que, lejos de articularse una estrategia para la colaboración privada en la acción pública, estableciendo vías específicas para la obtención de *value for money* y la estandarización de contratos adecuadamente negociada, únicamente se ha planteado el protagonismo del sector privado para la búsqueda de la financiación privada (*"hands off" search for private financing*) (Allard y Trabant, 2008: 8).

La ausencia de una política pública sustentada en la colaboración queda de manifiesto desde el momento en que los poderes públicos confían en el mercado y la iniciativa privada exclusivamente por su capacidad de financiación sin aceptar el papel propio como regulador y, al mismo tiempo, socio participante en una nueva concepción de la actividad de provisión de servicios públicos en la línea que han seguido países como Reino Unido o se desprende, por ejemplo, de las guías sobre la gobernanza en los *PPP* desarrolladas por la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (*United Nations Economic Commission for Europe* (UNECE) 2005, 2008).

Como ha puesto de manifiesto este organismo los *PPP* han sido considerados inicialmente como un mecanismo financiero para acometer gastos de inversión fuera del balance de las administraciones públicas y, entendido como un instrumento financiero o técnico exclusivamente, su implementación no era objeto de participación por los ciudadanos y demás

agentes sociales, obviando así su necesario enfoque hacia la gobernanza (UNECE, 2008: 15).

El resultado, a la postre, revela marcados desencuentros de índole conceptual que provocan en no pocas ocasiones desajustes relevantes en la puesta en práctica de los proyectos. Proyectos que, lejos de representar manifestaciones de una novedosa concepción de la actividad de provisión pública basada en la colaboración entre sectores y el aprovechamiento de capacidades y el reparto de beneficios y riesgos, aparecen como concesiones tradicionales que incorporan mecanismos de financiación privada estructurada (*tailored financing*) orientados exclusivamente a evitar la consolidación contable de la inversión y amplían su ámbito de aplicación a infraestructuras sin posibilidad de autofinanciación, como el caso de las autovías o los equipamientos educativos y sanitarios, gracias a la introducción de la técnica del peaje en sombra o “pago por servicios” propio de los *DBFO* que habilita el abono de las retribuciones por la Administración en función del uso o la puesta a disposición de la infraestructura.

Parte de la doctrina, con cuya postura nos identificamos plenamente, ya ha puesto de manifiesto la escasa novedad conceptual aportada por estas nuevas fórmulas de financiación privada de infraestructuras públicas, que tan entusiasta acogida han experimentado en nuestro país, bajo la consideración de que tales esquemas de colaboración tal y como se proponen desde las instancias comunitarias coinciden plenamente con la figura tradicional de la concesión que recoge nuestro ordenamiento jurídico administrativo (Míguez Macho, 2008: 165)<sup>346</sup> o, en todo caso, supone únicamente una renovación de

---

<sup>346</sup> Señala Míguez Macho (2008: 165) que “*los prototipos de los que la Comisión comprende en esta expresión (colaboración público-privada) son dos instituciones de larga tradición en nuestro Ordenamiento jurídico y en los demás con regímenes de Derecho administrativo de inspiración francesa, las concesiones de obras públicas y de servicios públicos*”.

la figura para acoger relaciones más complejas (García Capdepón, 2005: 89)<sup>347</sup>.

Por esta razón han sido consideradas como fórmulas de alquimia financiera cuya única finalidad es la asunción por el Estado de importantes proyectos de infraestructura con capital privado eludiendo las restricciones presupuestarias impuestas por el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, es decir, meros artificios contables sin otro fin que la no consolidación de la inversión en las cuentas públicas (Ruíz Ojeda, 2006: 541, González García, 2006: 38).

Y es que estas formas avanzadas de concesión que se han extendido en nuestro país siguiendo el ejemplo de los esquemas surgidos en la *PFI* británica, aún pudiéndose considerar en un sentido amplio como colaboración público-privada teniendo en cuenta que la construcción, financiación y explotación de los activos se lleva a cabo a través de la participación de un agente privado y no directamente por el Estado, no invitan a su consideración *strictu sensu* como formas de colaboración sino de participación o gestión indirecta, esto es, subordinada, en nada diferentes desde un punto de vista conceptual de la concesión más tradicional, ya que no están presentes en ellas los principios inspiradores de los *partnerships*, ni una concepción del sector público más cercana al Estado regulador.

Si exploramos el contexto originario que vio nacer a la *PFI* obtendremos una prueba clara de que la cuestión de la financiación con capital privado era sólo una de las caras de una realidad compleja que transformó las políticas públicas a partir de los años 90 y que se asentaba en la filosofía de la colaboración entre los sectores público y privado como clave de la

---

<sup>347</sup> En palabras del propio autor: "los contratos de colaboración público privada son bien conocidos entre nosotros. Su epítome, la concesión administrativa de obras, que se remonta al derecho francés del siglo XVI, fue usada para financiar y ejecutar la desecación de pantanos. Con esto no pretendo insinuar que estemos ahora ante un fenómeno que se limita a un simple cambio de nombre; antes bien, estos negocios jurídicos tradicionales han sido modificados recientemente para cobijar un nuevo entramado de relaciones bastante más sutiles y complejas entre los sujetos contratantes" (García Capdepón, 2005: 89)..

concepción sobre la que giraba el planteamiento político de entonces. Desde 1997 el gobierno laborista de Tony Blair fue transformando la tradicional postura de su partido en su etapa de oposición a los conservadores, vinculada a un decidido protagonismo del Estado, y adoptó una política pública claramente fundamentada en el concepto de la colaboración público-privada<sup>348</sup>. En el marco general de reformas del sector público, el *"New Public Management"*, se intensificó el enfoque hacia la prestación de los servicios públicos a través relaciones de colaboración entre agencias gubernamentales, tanto centrales como locales, el sector privado y las organizaciones voluntarias o "tercer sector" (Falconer y McLaughing, 2000: 121).

La colaboración se concibió como pieza clave del llamado "Nuevo Laborismo" dando lugar a un amplio abanico de formas de colaborativas entre los sectores, unas más novedosas y otras continuistas con la tradición conservadora de la pasada década. Y el recurso a las fórmulas de colaboración público-privada atendía, asimismo, a distintos objetivos al mismo tiempo coincidentes con los grandes directrices que han caracterizado el fenómeno colaborativo desde sus orígenes. Así, se persigue: 1) la aportación de fuentes alternativas de financiación para el sector público a través de *PFI* (Falconer y Ross, 1998), 2) la "reinvención" del Estado y el otorgamiento de legitimidad a las comunidades locales en el establecimiento de las políticas públicas de desarrollo económico local (Osborne y Ross, 1998) y 3) afrontar el reto planteado por el progresivo incremento de la participación de la sociedad civil en los procesos políticos (Scott, 1998).

En este sentido queda patente la pertenencia de la *PFI* a un proceso más amplio y ambicioso que, en su conjunto, perseguía el desarrollo de un nuevo marco de relaciones entre los distintos actores del panorama

---

<sup>348</sup> Las premisas de Blair fueron bautizadas como "Tercera Vía" en consideración a su posición intermedia entre la corriente privatizadora y de preeminencia del sector privado puesta en marcha en los años 80 por los conservadores de Margaret Thatcher y la doctrina laborista que abogaba indiscutiblemente hacía una vuelta a lo público y el protagonismo del Estado en las políticas públicas.



sociopolítico, gobierno, empresa y sociedad civil, para la implementación de las políticas públicas de prestación de bienes y servicios públicos. Esto se manifiesta con toda claridad al analizar la postura del propio partido laborista frente a las políticas adoptadas por Blair y que resultaron ciertamente críticas desde un punto de vista ideológico.

Las políticas de colaboración, entre ellas la financiera que representaba la *PFI*, que proponía la “tercera vía” despertaron fuertes recelos entre los laboristas más ortodoxos al considerar que las alianzas de colaboración con el sector privado no se ajustaban al discurso pro-Estado que defendía su partido frente a las directrices privatizadoras de los conservadores. Sin embargo, la aceptación por el partido de la puesta en marcha de la *PFI* llevada a cabo por Blair como punto de partida del “Nuevo Laborismo” se produjo gracias a la consideración de que tal política no tenía un objetivo ideológico sino práctico (Falconer y Ross, 1998). Una postura que a diferencia de lo ocurrido en los Estados Unidos no se apoyaba en la creencia en la superioridad del sector privado sino que, a salvo de las evidentes diferencias ideológicas, consistía en una visión más pragmática de los *PPP* y la privatización en general (Spackman, 2002).

Ello demuestra que la búsqueda de una financiación privada alternativa representada por la *PFI* no es sino un aspecto concreto y específico dentro de la concepción global de la colaboración público-privada y, precisamente, su neutralidad en el plano ideológico y su asepsia respecto de los principios de política pública demuestran indubitadamente que por sí sola no puede identificarse con el concepto de colaboración público-privada, sino, en todo caso, formando parte de una estrategia pública global.

En España, es cierto, se inició un proceso de reformas de la acción administrativa a través de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que incidieron en la flexibilización de los cauces de participación privada en las grandes obras públicas y la mejora de su régimen de ejecución y explotación mediante el fortalecimiento

de las concesiones de obra pública en diferentes sectores. Posteriormente se acometieron diferentes modificaciones legislativas en la línea de la disociación entre el dominio público y el útil, encomendando a la Administración la garantía de la finalidad pública del proyecto, y el dominio directo al contratista privado (González García, 2006: 22).

No puede decirse, sin embargo, que exista una estrategia de regulación pública de infraestructuras y servicios que introduzca una concepción diferente sobre el papel prestacional del sector público, con una apuesta decidida de fomentar la participación privada en términos de colaboración. Más bien se ha impuesto una visión puramente oportunista de la financiación privada como alivio inmediato a las restricciones presupuestarias a la inversión y no como parte de una estrategia pública coherente.

La intensificación del endeudamiento público en todas las administraciones públicas, a través de entidades instrumentales sobre la base de su no consolidación en las cuentas públicas, así como la utilización de mecanismos de retribución a cargo de las propias administraciones a lo largo del periodo de explotación de las concesiones, si bien tiene un efecto inmediato de dinamización de las inversiones públicas en escenarios de contracción presupuestaria, puede representar riesgos financieros a largo plazo cuando no existe una planificación adecuada.

Como ya ha puesto de manifiesto la doctrina, frente al criterio de solidaridad generacional que permite que el coste de inversión de las infraestructuras sea soportado por todas las generaciones de usuarios que van a utilizarla y no únicamente por aquella en que es construida, se plantea el problema de la inmovilización de recursos públicos por su compromiso a futuro en número de anualidades que excede de los plazos electorales y, por tanto, compromete la capacidad de acción de los gobiernos elegidos (González García, 2006: 9). Sin necesidad de entrar en el debate sobre la conveniencia de uno u otro modelo, sí parece razonable demandar una reflexión más profunda sobre los objetivos a alcanzar con estos

planteamientos y, en todo caso, su implementación en el marco de un análisis de los escenarios presupuestarios y de estabilidad a medio y largo plazo.

Estas consideraciones, sin embargo, conducen a algunos autores a concluir la inexistencia de la colaboración público-privada más allá de estas fórmulas limitadas y resultadistas que se han implantado en nuestro país y, precisamente por su escasa aportación respecto de la concesión tradicional, negar la necesidad de su adopción como pauta de actuación de los poderes públicos. Así, Miguez Macho (2008: 164) distingue entre “viejas y nuevas formas de colaboración público-privada” en relación con los tres objetivos que señalaba el Libro Verde –la financiación privada no consolidable en las cuentas públicas, el aprovechamiento de la mayor eficiencia del sector privado y la redefinición del papel del Estado- considerando únicamente como novedad las formas que responden al primero de los objetivos mientras que, según el propio autor, “los otros dos motivos de recurso a las formas de colaboración público-privada, es decir, el deseo de aprovechar los conocimientos y métodos de funcionamiento del sector privado y la redefinición del papel del Estado, ni son propiamente una novedad en la historia del Estado contemporáneo, ni exigen “nuevas” formas de colaboración público-privada”.

No solamente no compartimos este planteamiento, sino que nuestro argumento sería exactamente el contrario. A nuestro juicio, las fórmulas implantadas recientemente en España, dirigidas exclusivamente a la captación de capital privado sin consolidación contable, no suponen novedad conceptual alguna respecto de la figura ya tradicional de la concesión más allá de la innovación en la articulación financiera del proyecto que veremos a continuación, y ello precisamente por que no incorporan el enfoque colaborativo que caracteriza la figura desde sus orígenes y se concreta esencialmente en los dos últimos objetivos a que se refiere el Libro Verde. Serían éstas, en todo caso, las “viejas formas de colaboración público-privada” como las define el autor. Por el contrario, lo que a nuestro entender son las nuevas o verdaderas formas de colaboración público-privada -

aquellas basadas en el deseo de compartir los conocimientos y métodos del sector privado y en la redefinición del papel del Estado- estarían aún lejos de ser una realidad en nuestro país y, sin lugar a dudas, su implantación nos parece imprescindible por su aportación como fórmulas novedosas de actuación del sector público.

Esto es así porque, aún admitiendo que la concesión española ha respondido a lo largo de los distintos momentos históricos a la visión liberal del papel del Estado y la confianza en el sector privado para el desarrollo de actividades públicas de relevancia económica, tal y como ya hemos señalado en este trabajo al tratar la perspectiva histórica de la participación privada en el desarrollo de infraestructuras, no nos parece conceptualmente equiparable el esquema concesional tradicional con la filosofía colaborativa que en otros países ha impregnado desde antiguo la acción pública prestacional y que ya hemos analizado sobradamente.

Debe recordarse que en España la concesión de obras públicas u obras “por empresa”, se concibió originariamente con un carácter residual respecto de la modalidad de obras “por contrata” –el actual contrato de obras- recurriéndose a ella únicamente cuando la Administración carecía de los medios suficientes con los que abonar la ejecución de las obras (Colmeiro, 1850)<sup>349</sup>. Como destacan Menéndez y Fernández Acevedo (2003: 56) en el fundamento histórico de la fórmula concesional en la ejecución de obras públicas está “la insuficiencia de los recursos económicos y financieros, reflejada en una situación de iliquidez de la Hacienda Pública que impide a la Administración afrontar dicha construcción, debiendo apelar a colaboración de la industria y del capital privados para llevar a cabo estas tareas de interés general. (...) La concesión juega, pues, como un medio de atracción de capitales en grandes proporciones”.

---

<sup>349</sup> Así aparece en ya la primera regulación general de la concesión como fue la Instrucción para promover y ejecutar obras públicas de 10 de octubre de 1845.

No puede negarse tampoco el fundamento de la concesión en la necesidad de seguir los postulados propios de la época liberal que abogaban por la aparición de los sujetos privados en la construcción de obras públicas ante la incapacidad de la Administración de ejecutarlas por sí misma. Sin embargo, las razones puramente ideológicas sobre el papel del Estado liberal en la actividad económica y la necesaria presencia del sector privado como premisa fundamental en el pensamiento de la época condujo, no a la potenciación de la figura de la concesión que, como hemos dicho tenía un carácter residual, sino a la *despublicatio* de las obras públicas en general equiparando su régimen al de las privadas durante el liberalismo radical de la Revolución de 1868 (Gómez-Ferrer Morant, 2004: 614-615; Muñoz Machado, 1998: 80-82)<sup>350</sup>.

Podemos decir, por tanto, que en los casos de recurso al sistema concesional la incapacidad era básicamente financiera y como un apoyo de este tipo debe entenderse la colaboración que el empresario privado aportaba, sin que sea posible, en nuestra opinión, equiparar dicho esquema con el concepto de colaboración público-privada que ha presidido la acción pública en países como Estados Unidos, Reino Unido o Australia y cuyos fundamentos se proponen actualmente como una nueva regulación de las infraestructuras en el resto de Estados de tradición jurídica romanista.

A esta situación de desencuentro entre la realidad española más reciente y los fundamentos originales de la colaboración ha contribuido decisivamente un inadecuado encaje conceptual en la figura de la concesión de obra pública y, como veremos en el apartado siguiente, una articulación sesgada del reparto de los riesgos que, lejos de asegurar la innovación y la eficiencia *-value for money-*, iba dirigida exclusivamente a cumplir con el criterio establecido por Eurostat para la no consolidación en las cuentas públicas.

---

<sup>350</sup> La pasividad del Estado en la construcción de obras públicas y, en general, el abandono de sus funciones de promoción y la imposición de la libertad en la materia quedó reflejado en el Preámbulo del Decreto-Ley de 14 de noviembre de 1868 sobre obras públicas.

#### IV. LAS LIMITACIONES E INSUFICIENCIAS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA.

##### 1. LA NUEVA LEGISLACIÓN SOBRE LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA.

La regulación del contrato de concesión de obra pública, de larga tradición en nuestro Derecho, experimentó una importante renovación gracias a la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obra pública, que modificó el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas<sup>351</sup>.

Una norma que respondía al compromiso electoral del Gobierno popular de regular de forma unitaria y completa la concesión de obras públicas y su régimen de financiación privada en la línea ya iniciada con la Ley 13/1996, de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social de flexibilización de los cauces de participación privada en las grandes obras públicas, así como para dar respuesta a las necesidades financieras del Plan de Infraestructuras 2000-2007<sup>352</sup>.

Asimismo, esta Ley nació con vocación de norma general reguladora de la figura concesional de obra pública para superar el déficit histórico de ordenación en la materia y la dispersión normativa en diferentes leyes de carácter especial. Así, se planteó como norma de carácter básico, en su mayor parte, y horizontal aplicable a todo tipo de obras públicas y

---

<sup>351</sup> Actualmente el contrato de concesión de obra pública se regula en la Ley 30/2007, de de Contratos del Sector Público, si bien se mantienen vigentes los artículos 256 a 260 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en relación con los mecanismos de financiación privada.

<sup>352</sup> La Resolución nº 14.3º del Debate del Estado de la Nación de 2001 recogía la ratificación por el Congreso de los Diputados de tal compromiso de la siguiente manera: *"El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a presentar un proyecto de Ley en el que se regula de forma unitaria y completa el régimen de concesión y explotación de las obras públicas, los mecanismos de financiación con participación pública y privada y las garantías y prerrogativas de la Administración para asegurar los intereses públicos"*.

administraciones, que dotara de coherencia a la legislación sectorial existente y se erigiera en marco de referencia definido y estable como demanda de seguridad jurídica por parte del mercado, los usuarios y las propias administraciones (López Corral y Soliño, 2002: 46; Sáenz Gandásegui, 2003: 85). No obstante, la misma necesidad de la Ley y su articulación como instrumento de ordenación general de la materia no han estado exentas de crítica por parte de la doctrina<sup>353</sup>.

Dejando a un lado la valoración de esta Ley como instrumento general de regulación de la figura de la concesión de obra pública así como su tratamiento desde el punto de vista de la técnica jurídica, sí conviene resaltar su inadecuación como marco de referencia para acoger un fenómeno distinto, de creciente complejidad y polivalencia como es el de la colaboración público-privada.

En primer lugar se trata de una norma alumbrada por el legislador con el propósito de recuperar los rasgos definidores de la institución concesional como figura básica del Derecho Administrativo español, y así se recoge de forma taxativa en su exposición de Motivos al declarar que *“por cuanto antecede, en el umbral del siglo XXI, parece razonable, sino obligado -y éste es el objetivo de la Ley-, recuperar los rasgos definidores de la figura centenaria de la concesión de obras públicas -contribución de los recursos privados a la creación de infraestructuras y equitativa retribución del esfuerzo empresarial-, figura insustituible en el actuar de los poderes públicos, es decir,*

---

<sup>353</sup> El debate sobre la idoneidad de la Ley excede el interés de este trabajo. Sirva, no obstante, un apunte sobre las distintas posturas al respecto. Autores como Ruiz Ojeda (2002: 174) ponen en cuestión la necesidad misma de una norma de carácter general en la materia, alegando que “habría que recordar dos cosas que tal vez no se hayan tenido suficientemente en cuenta. La primera es que no estamos en el siglo XIX y los imperativos codificadores ya no son tan categóricos. La segunda, que la experiencia de establecer una norma con vocación de generalidad, como fue la de Obras Públicas y, por tanto, con pretensión de referencia vinculante para los diferentes sectores de obras y servicios fue un estrepitoso fracaso, y ésta es una lección que debería quedar bien aprendida”.. Por su parte, Menéndez Menéndez (2003: 22) y Sáenz Gandásegui (2003: 83-84) discrepan de lo anterior señalando que “(...) consideramos que renunciar a la ordenación sistemática y clara de un ámbito social determinado en una ley sería una inaceptable abdicación de su propia función. (...) Creemos que es más necesario que nunca codificar, y creemos que una virtud del texto que hoy comentamos es no renunciar de antemano a este objetivo”.

*haciendo útil de nuevo la institución, en función de sus características esenciales en todos los campos en que está llamada a operar*". Puede decirse, por tanto, que la Ley viene a culminar una vuelta a los orígenes que con relación a esta institución había propugnado la doctrina científica, resurgiendo ahora tras un proceso que la llevó prácticamente a la desaparición (Menéndez y Fernández Acevedo, 2003: 75)<sup>354</sup>.

La norma se centra en la noción clásica de concesión de obra pública, manteniendo incluso su denominación tradicional en Derecho Administrativo, y abriendo nuevas posibilidades a la financiación e iniciativa privadas, pero asegurando en todo momento el carácter público de la institución. Como queda claro del análisis de la Ley, ésta mantiene íntegra la *publicatio* en relación con la planificación, construcción y explotación de las obras públicas dejando entrada al sector privado únicamente en la iniciativa para plantear el inicio un proyecto y, de forma amplia, en las posibles formas de financiación del mismo.

Sobre esta base, por tanto, podemos afirmar que la Ley rescata la figura tradicional de la concesión de obra pública con todos sus rasgos característicos adaptándola a las nuevas necesidades sociales y sectoriales de nuestros días. Una adaptación que, lejos de afectar a dichos rasgos esenciales, se refiere básicamente a la flexibilización de los mecanismos de financiación de la obra y retribución de la explotación. Así lo entienden Allard y Trabant (2008: 8) al señalar que en ese momento "no existía una legislación específica sobre *PPP* más allá de la Ley aprobada en 2003 que regula aspectos diversos de la financiación privada de los proyectos".

Por un lado, se introducen las técnicas de financiación privada adaptadas a los nuevos instrumentos que han ido apareciendo en el mercado

---

<sup>354</sup> La pérdida de protagonismo de la concesión de obra pública tuvo su razón de ser en la aparición del concepto de servicio público y su consecuente absorción por el contrato de gestión de servicio público representativa en nuestro Derecho de contratos de la concesión de servicios. Así se recogió en sucesivas normas como el Reglamento de servicios de las Corporaciones Locales de 1955, la Ley de Contratos del Estado de 1965 o la Ley de Autopistas de Peaje de 1972.



e incorporando las nuevas técnicas y experiencias desarrolladas a lo largo de todo este tiempo<sup>355</sup>. Por otro, se prevé la posible contribución pública a la financiación privada de la obra en interés de su importancia social o económica y la necesidad de hacer potencialmente rentable la concesión (arts. 245 y 247) Fernández-Piñeyro (2003)<sup>356</sup>, así como la retribución del concesionario por la explotación a cargo de la propia Administración en función de la utilización de la obra o su puesta a disposición en lugar de la

---

<sup>355</sup> Dentro del capítulo IV de la Ley, dedicado a la financiación privada, se contemplan las siguientes modalidades: Sección I: Emisión de títulos por el concesionario, que incluye la emisión de obligaciones y otros títulos (artículo 253) y la incorporación a títulos negociables de los derechos de crédito del concesionario (artículo 254); Sección II: Hipoteca de la concesión (artículos 255 a 258) y Sección III: Otras fuentes de financiación, referido a los créditos participativos (artículo 259). Sobre la financiación privada en la Ley reguladora del contrato de Concesión de Obra Pública véase Fernández-Piñeyro (2003).

<sup>356</sup> Artículo 245. "Aportaciones públicas a la construcción de la obra".

*1. Las Administraciones públicas podrán contribuir a la financiación de la obra mediante aportaciones que serán realizadas durante la fase de ejecución de las obras, tal como dispone el artículo 236 de esta Ley, una vez concluidas éstas, o al término de la concesión, cuyo importe será fijado en los pliegos de condiciones correspondientes o por los licitadores en sus ofertas cuando así se establezca en dichos pliegos. En los dos últimos supuestos, resultará de aplicación la normativa sobre contratos de obra bajo la modalidad de abono total, salvo en la posibilidad de fraccionar el abono.*

*2. Las aportaciones públicas a que se refiere el apartado anterior podrán consistir en aportaciones no dinerarias del órgano de contratación o de cualquier otra Administración con la que exista convenio al efecto, de acuerdo con la valoración de las mismas que se contenga en el pliego de cláusulas administrativas particulares.*

*Los bienes inmuebles que se entreguen al concesionario se integrarán en el patrimonio afecto a la concesión, destinándose al uso previsto en el proyecto de la obra, y revertirán a la Administración en el momento de su extinción, debiendo respetarse, en todo caso, lo dispuesto en los planes de ordenación urbanística o sectorial que les afecten.*

Artículo 247. "Aportaciones públicas a la explotación de la obra".

*Las Administraciones públicas podrán otorgar al concesionario las siguientes aportaciones a fin de garantizar la viabilidad económica de la explotación de la obra:*

- a. Subvenciones al precio, anticipos reintegrables, préstamos participativos, subordinados o de otra naturaleza, aprobados por el órgano de contratación para ser aportados desde el inicio de la explotación de la obra, o en el transcurso de la misma cuando se prevea que vayan a resultar necesarios para garantizar la viabilidad económico-financiera de la concesión. La devolución de los préstamos y el pago de los intereses devengados en su caso por los mismos se ajustarán a los términos previstos en la concesión.*
- b. Ayudas en los casos excepcionales en que, por razones de interés público, resulte aconsejable la promoción de la utilización de la obra pública antes de que su explotación alcance el umbral mínimo de rentabilidad.*

tradicional retribución por los usuarios de la misma (art. 246)<sup>357</sup>. En ambos casos, la participación pública será compatible con la necesaria asunción de riesgo por el concesionario de forma que no se altere uno de los rasgos consustanciales al concepto de concesión.

## 2. LA INTERPRETACIÓN DEL CONCEPTO DE EXPLOTACIÓN.

El aspecto quizás más novedoso de la Ley, la retribución del concesionario a cargo de la Administración, no fue, sin embargo, pacífico entre la doctrina. Especialmente conflictivo fue el encaje en la figura de la concesión de obra pública de aquellas infraestructuras que no se consideraban explotables económicamente, como era el caso por ejemplo de los centros hospitalarios, porque se entendía por una parte de la doctrina que no cabía explotación económica cuando el concesionario ponía la infraestructura a disposición de la propia Administración para su uso directo por ésta y en su virtud efectuar el pago de la retribución al concesionario<sup>358</sup>.

---

<sup>357</sup> El artículo 246 (4) de la Ley establece: *La retribución por la utilización de la obra podrá ser abonada por la Administración teniendo en cuenta su utilización y en la forma prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares.*

<sup>358</sup> En este sentido se toma como referencia el criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que se muestra categórica al afirmar que, para que un contrato pueda ser calificado como de concesión de obra pública, debería ser susceptible de explotación, motivo éste que le sirve para rechazar la calificación como contrato de concesión de obra pública de un contrato que tiene por objeto la construcción de un edificio en el que se han de albergar los servicios centrales de la Universidad de Burgos y por esto destinado al uso directo de la propia Administración. A este respecto resulta de interés lo señalado por la JCCA en sus Informes nº 61/2003 y nº 70/2004 en los que se afirma que "(...) en el caso que se examina la cesión del uso del edificio, una vez construido, al Ayuntamiento, para destinarlo a usos sociales o culturales, no constituye explotación del edificio por el concesionario, por lo que debe descartarse la posible concurrencia de una concesión de obra pública" añadiendo posteriormente que "en su informe de 30 de mayo de 1996 admitía la figura de la concesión de obra pública ajustada al entonces artículo 130 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas por tratarse de obras de adaptación de un inmueble para residencia universitaria y su posterior explotación y, por tanto, darse el requisito de ser el edificio susceptible de explotación por el concesionario. Por el contrario, en el informe de 12 de marzo de 2004 (Expediente 61/03) ya en relación con el vigente artículo 220 de la Ley, introducido por la Ley 13/2003, se descartaba la figura de la concesión de obra pública por tratarse de la construcción de un edificio para albergar los Servicios Centrales de la Universidad de Burgos, entendiendo que no concurría el requisito de ser el edificio susceptible de explotación por el concesionario, lo que obligaría -decía el informe- "a acudir a otras figuras contractuales distintas como puede ser la del contrato de obras para la construcción del edificio".

Esta concepción doctrinal responde a la más clásica noción del contrato de concesión de obra pública en el Derecho español, recogido inicialmente de forma general por la Instrucción para promover y ejecutar obras públicas de 10 de octubre de 1845 y la Ley de Obras Públicas de 13 de abril de 1877, la configuraba como una modalidad del contrato de obras en el que la contraprestación al contratista se lleva a cabo otorgándole el derecho a disfrutar por tiempo determinado del producto de los “arbitrios” que la Administración establezca por la explotación de las obras. En este sentido se establecía la remuneración del concesionario derivada de la explotación en el cobro a los usuarios de ciertas tarifas, cánones o peajes por el uso de la obra y que, en su denominación original de “arbitrios” incluían el componente de indeterminación y variabilidad determinantes del riesgo que asumía el concesionario en la explotación como rasgo definitorio esencial del concepto de concesión (Gómez-Ferrer Morant, 2004: 616).

Autores como Villar Rojas (2006) entienden en el caso de los hospitales que “no basta con el uso o la mera puesta a disposición del hospital para considerar que la obra sea susceptible de explotación, entendiendo que en estos casos estaríamos ante una suerte de arrendamiento. Además, si se identifica el hospital con los servicios médicos no es explotable, y si se quisiera optar por su externalización, se debería acudir a la concesión de servicio público, de forma análoga a como ha sucedido en el Hospital de Alcira, Denia o Valdemoro” y Gómez-Ferrer Morant, (2004: 1105) considera la aplicación de la retribución por la Administración como un “contrato de obra pública con un sistema de retribución por la Administración aplazado en el

---

En base a esta idea que subyace en las anteriores posturas, esto es, la no aplicabilidad de la concesión de obras públicas a aquellas infraestructuras que prestan servicio a los ciudadanos pero no se consideran susceptibles de explotación económica, autores como González García (2006: 33) entienden que tal fórmula no presenta grandes diferencias respecto del contrato de arrendamiento operativo o *leasing*. Así, se califica el arrendamiento operativo “como un contrato mixto en el sentido de que tiene dos elementos: por un lado, el encargo de construcción o reparación de una infraestructura y, por el otro, su arrendamiento a la Administración encomendante (...) El arrendamiento operativo es una figura que está realizada por razones estrictamente presupuestarias, como mecanismo para eludir el aumento de déficit público”. Igualmente, el Consejo de Estado en su Dictamen nº 3375/2001 así lo hizo constar.

tiempo y calculado en función del uso de la infraestructura en forma similar al de la concesión”.

En nuestra opinión el encaje de la concesión de obra pública para el desarrollo de infraestructuras sociales mediante el mecanismo del pago por disponibilidad es ciertamente complejo; no en vano parece contradecir el propio concepto tradicional de concesión que exige la existencia de explotación económica de la obra, entendiendo por ésta la retribución del concesionario a través del pago realizado por los usuarios en función del uso. Desde esta perspectiva la posición doctrinal que niega su aplicación asumiendo que en tales casos se produce un arrendamiento a favor de la propia Administración como verdadera usuaria final de la obra no está desprovista de sentido, si bien cabría alguna matización al respecto.

En primer término, este concepto de explotación no tiene que ver tanto con el tipo de infraestructura como con el hecho de que se establezca el uso gratuito para los usuarios. El ejemplo más claro lo tenemos en las carreteras: en los casos en los que se decide que éstas sean de peaje se consideraban susceptibles de explotación y, por tanto, concesionables, mientras que en las proyectadas como gratuitas se aplicaba la provisión directa con cargo a los presupuestos públicos. En ambos casos la infraestructura es la misma y el hecho que determina la posibilidad de explotación es la decisión política sobre su gratuidad. En base a ello podríamos afirmar que, en principio, puede ser objeto de concesión cualquier infraestructura siempre que sea susceptible de explotación.

Por otro lado, debemos recordar que en su concepción original el contrato de concesión de obra pública gira en torno a la figura de la obra pública<sup>359</sup> susceptible de explotación económica y que de ahí puede

---

<sup>359</sup> La profundización en el concepto de obra pública excede el ámbito de este trabajo. Sirva, no obstante, decir que históricamente la doctrina ha considerado unido tal concepto al de demanio, definiendo la obra pública como la transformación material de inmuebles de carácter demanial, demanialidad que podría no existir inicialmente pero surge con la conclusión de la obra, al transformarse el inmueble en dominio público y quedar bajo titularidad administrativa. El carácter demanial o *publicatio* dará lugar a la relación

deducirse, como señala Lisset Borrell (1976: 365) que si ésta no es susceptible de producir un rendimiento no será posible otorgarla en concesión. La condición esencial era que tal rendimiento proviniera de las relaciones del concesionario con terceros y no directamente con la Administración, lo que ha llevado a considerar la retribución mediante el pago de tasas o peajes directamente por los usuarios como la única vía posible de explotación y, consecuentemente, parte de la propia definición de concesión de obra pública.

Sin embargo, a lo largo de nuestra Historia han existido distintos tipos de concesión cuya explotación se obtenía a través de vías distintas de la del pago de derechos o peajes por los usuarios y que igualmente han gozado de la calificación de concesiones de obra pública. Nos referimos, por ejemplo, a las concesiones de desecación de marismas<sup>360</sup>, o las de obra urbanizadora o urbanísticas<sup>361</sup> en las que el concesionario obtiene como rendimiento la explotación de los terrenos desecados o saneados o la enajenación de los solares resultantes de las obras de urbanización o construcción respectivamente. En ambos casos, dicha explotación consiste en un eventual rendimiento derivado de una relación económica con terceros ajenos a la relación contractual con la Administración, esto es, distinto del precio cierto que la Administración asegura como contraprestación al contratista en un contrato de obras, y que supone una retribución como pago total de la inversión realizada.

En nuestra opinión, por tanto, tal rendimiento puede ser cualquiera que permita al concesionario recuperar su inversión siempre que responda a los riesgos propios de una explotación económica, es decir, la incertidumbre sobre el rendimiento que finalmente vaya a obtenerse y sin estar, por tanto

---

entre obra pública y servicio público en tanto tal carácter se concibe por el destino de la obra al servicio general o utilidad general. Véase Fernández (1983: 2430-31).

<sup>360</sup> Un estudio detallado de las concesiones de lagunas o terrenos patanosos o encharcadizos puede verse en López Ramón (1981).

<sup>361</sup> Acerca de la naturaleza de las concesiones urbanísticas véase Lisset Borrell (1976); Fernández (2001) y López Pellicer (1976).

garantizado en el importe total de la inversión por la Administración concedente, y ello con independencia de su procedencia. En el mismo sentido se pronuncian Menéndez y Fernández Acevedo (2003: 76).

La aceptación de que la remuneración a cargo de la Administración no desvirtúa la naturaleza de concesión de obra pública es el fundamento último de la modalidad de pago denominado peaje en sombra al que hemos hecho alusión anteriormente en este trabajo. Mediante el peaje en sombra la Administración sustituye a los usuarios en el pago del peaje, esto es, paga al concesionario *en lugar de* los usuarios, permitiendo el uso de la concesión de obra pública en los casos en que la carretera deba ser gratuita, por ejemplo, las autovías.

La infraestructura sigue poniéndose a disposición de los usuarios y es usada directamente por éstos, no por la Administración, aunque es ésta la que realiza el pago al concesionario de la misma forma que lo harían aquéllos, esto es, de acuerdo al uso o demanda y, por ello, sometido a variabilidad e incertidumbre. Este argumento no ha sido puesto en cuestión, en general, por la doctrina, asumiéndose la plena aplicación de la concesión de obra pública en el caso de las autovías y, consecuentemente, admitiendo que éstas son plenamente susceptibles de explotación con independencia de quién realice el pago al concesionario.

En el controvertido supuesto de las infraestructuras sociales podría aplicarse exactamente la misma argumentación para permitir la aplicación de la figura concesional. No cabe duda de que existe una obra pública que, de acuerdo a los razonamientos anteriores, es explotable económicamente desde el momento en que el concesionario puede obtener rendimientos procedentes de la Administración de acuerdo a criterios de variabilidad de forma que se respete el riesgo concesional.

A tal efecto, en nuestra opinión, es indiferente que se incluya o no en el objeto de la concesión la prestación del servicio sanitario, salvo para la

calificación del contrato como concesión de obra pública o servicio público, pero en ningún caso debe servir para negar el carácter concesional de la relación por no existir posibilidad de explotación. Así, en el caso de que se someta a concesión el propio servicio público sanitario, como en Alcira, Denia o Valdemoro el contrato al que se acoge habitualmente será el de gestión de servicio público en su modalidad de concesión con construcción, ya que se entiende que el objeto de la concesión es la prestación del servicio público sanitario y no la propia obra pública, que resulta únicamente accesoria o complementaria de aquél, aunque en nuestra opinión tal afirmación es cuestionable<sup>362</sup>.

---

<sup>362</sup> A nuestro entender la calificación de estos proyectos como contratos de gestión de servicio público en su modalidad de concesión con construcción resulta cuanto menos dudosa y pone en evidencia un claro desacuerdo entre la doctrina acerca del concepto de concesión de obra pública y su distinción con la concesión de servicio público. Como hemos visto anteriormente el concepto original de concesión de obra pública en el Derecho español la concebía como una modalidad del contrato de obras en el que la contraprestación al contratista consistía en el derecho a disfrutar por tiempo determinado del producto de los arbitrios que la Administración establezca por la explotación de las obras. Este criterio tradicional se mantuvo en las sucesivas regulaciones hasta la actual LCSP y conceptualmente supone consagrar esta figura como un contrato de resultado en el que la ejecución de la obra por el concesionario resulta de todo punto esencial en tanto el objeto del contrato será la puesta a disposición de dicha obra a los usuarios para su uso y aprovechamiento. Autores como Ariño Ortiz y Villar Ezcurra (2002: 190), sin embargo, critican esta tendencia al considerar que reduce la concesión a una modalidad del contrato de obras en la que la explotación es una simple forma de pago al contratista. Entiende este autor que el verdadero objeto del contrato es la explotación, lo esencial para el interés público no es que se construya sino que se use y, por ello, concluye en calificar el contrato como de actividad muy próximo al de gestión de servicios públicos. No compartimos, sin embargo, este parecer.

En nuestra opinión la construcción de la obra como resultado es esencial y forma parte del objeto del contrato y, en este particular, no hay diferencia conceptual ni de regulación respecto del contrato de obras. La diferencia sustancial con éste reside en que el objeto del contrato de concesión incluye además la explotación por el concesionario de la propia obra pública, entendiéndose por ésta su puesta a disposición para su uso por los ciudadanos y la contraprestación a favor del concesionario a cambio de la ejecución de dicha obra que, en lugar de un precio cierto, consistirá en los rendimientos que de aquélla se deriven, bien el pago directo por los usuarios, bien la retribución por la propia Administración o bien cualesquiera otros compatibles con el riesgo del concesionario. Buena prueba de la importancia de la ejecución de la obra como objeto de la prestación del concesionario es que la contraprestación o precio a que tiene éste derecho, y que se obtiene a través de la explotación, va dirigida a recuperar la inversión realizada para la construcción así como a retribuir la financiación ajena, y apenas para retribuir actividad alguna. Ello, no obstante, no significa necesariamente concebir la concesión como una mera modalidad del contrato de obras ya que el diferente objeto contractual justifica, a nuestro juicio, su tratamiento singularizado mediante una tipificación independiente en la normativa contractual. En este sentido opina también Sáenz Gandásegui (2003: 97). De esta forma se supera el criterio jurisprudencial más tradicional que consideraba la concesión de obra pública como un

Cuando no se incluye el servicio sanitario entre las obligaciones del concesionario, como en el resto de hospitales de la Comunidad de Madrid la doctrina encuentra dificultades en el encaje jurídico ya que se identifica con el modelo *DBFO* o “pago por servicios” y se concibe como una puesta a disposición de la infraestructura a la Administración que compra una serie de

---

contrato mixto de obras y servicio público y, al igual que ocurrió en la legislación española de contratos desde el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955 hasta la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995, incluida la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, subsumió la concesión de obra pública en el seno de la concesión de servicio público de acuerdo al denominado principio de accesoriedad concesional (véanse STS de 4 de julio de 1967 RJA1967, 2876; 20 de noviembre de 1969; 6 de junio de 1997 RJA 1997, 5219 y 9 de diciembre de 1998 RJ 1998, 10464). Esta postura es defendida igualmente por Fernández Montalvo (2002: 1232). Sobre esta cuestión de la naturaleza de la concesión de obra pública existen también posiciones intermedias como las de Villar Ezcurra (2002: 71 y ss) o Jiménez de Cisneros (1998: 116 y ss).

Pues bien, a diferencia de la concesión de obra pública, el contrato de gestión de servicio público en su modalidad de concesión sí debe considerarse de actividad en tanto que lo esencial para el interés público es la prestación por el concesionario de las actividades propias del servicio público que se trate y en ningún caso la construcción y puesta a disposición de una obra pública. Por ello la calificación de un contrato para el proyecto, construcción y explotación de un hospital como de gestión de servicio público resulta, a nuestro juicio, cuestionable, aún a pesar de incluir entre las obligaciones del concesionario la prestación del servicio médico-sanitario. Hay que recordar en este punto que la posibilidad que otorga la normativa de contratos de incluir construcciones en el objeto del contrato de gestión de servicio público debe entenderse referida a aquellas obras o instalaciones complementarias u accesorias al objeto principal del contrato y, por tanto, sin entidad suficiente como para erigirse en la verdadera finalidad del interés público. No parece éste el caso de unas obras infraestructurales de la envergadura y complejidad de un centro hospitalario ya que la finalidad pública es, en primer término, dotar a un área geográfica o poblacional determinada del equipamiento físico necesario para la prestación del servicio público asistencial, lo cual es un objeto de interés público indudable. La realización de la actividad prestacional se realiza posteriormente, pudiendo ser directamente a cargo de la Administración o incluirse en el propio objeto del contrato de concesión, si bien esta última posibilidad no resta, a nuestro entender, un ápice de relevancia a la ejecución de la obra como finalidad de interés público en sí misma. Por ello, estaríamos ante un supuesto contractual que participaría de los rasgos de ambos tipos de concesión, una suerte de “concesión mixta de obra pública y servicio público”, cuya calificación pasaría por establecer un criterio de preponderancia de un tipo contractual frente al otro. Así, la calificación como contrato de gestión de servicio público respondería más bien al principio ya mencionado de accesoriedad concesional, según el cual la obra pública quedaría subsumida en el seno de la concesión de servicio público. Por el contrario, en atención al criterio de relevancia económica de cada contrato deberíamos inclinarnos por su calificación como concesión de obra pública, en tanto, la mayor parte de la retribución del concesionario, como precio o contraprestación contractual, va dirigida a sufragar las prestaciones correspondientes a la obra pública, esto es, a recuperar la inversión y hacer frente a la financiación ajena, y no a la realización por el concesionario de la actividad propia del servicio sanitario o asistencial (el artículo 12 de la LCSP señala sobre los contratos mixtos que *“cuando un contrato contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase se atenderá en todo caso, para la determinación de las normas que deban observarse en su adjudicación, al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico”*).



servicios complementarios, de ahí su identificación con la figura del arrendamiento operativo.

Sin embargo, este concepto se utiliza, tanto en el Reino Unido como en el acervo de la Comisión Europea, para diferenciar los esquemas en que la retribución corre a cargo de la Administración de acuerdo a criterios de variabilidad de los tradicionales esquemas concesionales en los que el pago se hace directamente por los usuarios. Su equiparación a la figura del arrendamiento operativo, en oposición al arrendamiento financiero, se hace exclusivamente a efectos contables, en orden a determinar el sujeto que deberá consolidar la inversión del proyecto en su balance, pero no tiene un significado jurídico como figura opuesta al esquema concesional<sup>363</sup>. Por ello creemos que no cabe su identificación con los contratos cuyo objeto es, por ejemplo, la construcción de una sede para albergar dependencias administrativas dirigida exclusivamente al uso por la Administración, y, por tanto, no debe negarse la naturaleza concesional<sup>364</sup>.

A nuestro entender, puede seguirse la misma línea argumental que para la aceptación de las infraestructuras con pago bajo modalidad de peaje en sombra. En tal sentido, la infraestructura hospitalaria se sigue poniendo a disposición de los usuarios que van a utilizarla de forma directa y no de la Administración, si bien ésta los sustituye en el pago de la retribución al concesionario de acuerdo a criterios de variabilidad, bien de uso o demanda en caso de se incluya el servicio sanitario y el pago sea capitativo, o bien de

---

<sup>363</sup> Debe tenerse en cuenta que al determinarse las reglas de contabilización de los esquemas concesionales en su variedad *DBFO* se establece que si durante el periodo de explotación la sociedad concesionaria afronta todos los riesgos derivados de la propiedad y recibe la mayoría de los beneficios *la operación tiene entonces las características de un arrendamiento operativo*, registrándose el importe de la inversión en el balance de la empresa. Ello quiere decir, a nuestro juicio, que la utilización del concepto de arrendamiento operativo tiene un significado exclusivamente contable, como traducción económica de la operación que jurídicamente se califica de concesión, pero sin que en ningún caso signifique una calificación o naturaleza jurídica diferente.

<sup>364</sup> Véase criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en sus Informes nº 61/2003 y nº 70/2004 sobre el rechazo a la calificación como contrato de concesión de obra pública de un contrato que tiene por objeto la construcción de un edificio en el que se han de albergar los servicios centrales de la Universidad de Burgos y por esto destinado al uso directo de la propia Administración, al que hemos hecho referencia en la nota 412.

disponibilidad o calidad de todos los servicios complementarios a la propia actividad sanitaria en el caso del modelo que excluye el servicio sanitario del objeto de la concesión.

Según este enfoque, el hospital bajo modelo de pago capitolativo funciona de la misma forma que el peaje en sombra mientras que en el modelo sin servicio sanitario la puesta a disposición y funcionamiento de los quirófanos, el servicio de esterilización, laboratorio, lavandería o catering, entre otros, son esenciales para la prestación del servicio público sanitario propio de un hospital y sus beneficiarios son directamente los usuarios de éste. En tal sentido no son distintos de la puesta a disposición de una autovía, su señalización o su mantenimiento que, por cierto, también incluyen criterios de disponibilidad y calidad, y que se pague mediante peaje en sombra. Lo que realmente es diferente en ambos casos es el indicador de variabilidad que se aplica al pago de la Administración para asegurar que existe riesgo para el concesionario como elemento esencial de toda concesión y que, como se ha demostrado en el caso español, se combinan entre unas y otras infraestructuras de forma indistinta.

Ello nos llevaría a la conclusión de que la interpretación del concepto de explotación en la concesión de obra pública se variado sustancialmente respecto de su concepción tradicional. Ciertamente, la aceptación por la normativa española de contratos de la posibilidad de que en la concesión de obra pública la retribución sea abonada, además de por los usuarios, por la propia Administración determina un diferente punto de vista respecto de la definición de explotación que venía sosteniéndose.

La obtención por el concesionario de sus retribuciones directamente a través del pago de los usuarios de la obra pública no será ya el elemento definitorio de la explotación y, consecuentemente, de la utilización de la figura de la concesión de obra pública, sino que dicha explotación podrá consistir en cualesquiera ingresos que se deriven de la operación de la infraestructura con independencia de su origen -pago de los usuarios, de la Administración o

ingresos de las explotaciones comerciales que ostente el concesionario- y siempre que estén sometidos a variabilidad o incertidumbre de forma que se mantenga en todo caso el necesario riesgo para el concesionario.

Esta perspectiva amplia de la figura concesional de obra pública supone admitir como explotables la práctica totalidad de las infraestructuras y permite aplicar dicha modalidad contractual a todas aquellas que en ningún caso van a poder autofinanciarse por el pago de los usuarios por cuanto son concebidas con carácter gratuito para los ciudadanos como es el caso de los equipamientos sociales. Que haya sido éste el efecto deseado por el legislador al modificar la normativa reguladora de la concesión de obra pública, aún sin aparecer explícitamente en su exposición de motivos, puede entenderse en sintonía con la tendencia seguida desde el año 1996 hacia la potenciación de la participación privada en la ejecución y operación de grandes infraestructuras y equipamientos públicos.

### 3. CARENCIAS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA COMO ESQUEMA DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA.

Sin perjuicio de lo anterior, el contrato de concesión de obra pública ha demostrado profundas carencias respecto de su idoneidad como marco de referencia para acoger una filosofía de acción pública inspirada en la colaboración público-privada, y ello debido tanto a la limitación en el ámbito y perspectiva de las modificaciones introducidas por la Ley 13/2003, como a la superficialidad de las mismas, evitando penetrar en lo esencial de la práctica colaborativa y de sus principios inspiradores.

La instrumentación de la colaboración a través de un contrato de concesión de obra pública plantea el problema de la diferente concepción y alcance que esta figura ha tenido en los distintos sistemas jurídicos. Ciertamente es que la estructura concesional propia del contrato aparece en la mayoría de los esquemas originales de colaboración público-privada como vehículo jurídico común a través del cual se articulan los proyectos y que otorga “el título de

delegación” necesario para habilitar legalmente la participación de entidades privadas en la provisión de todo o parte de una infraestructura pública, pero al introducirse en nuestro Derecho administrativo ha debido adaptarse a la figura más tradicional de concesión de obra pública representada por nuestro tipo contractual vigente, alejándose de la concepción evolucionada de la relación concesional que es propia de los sistemas jurídicos anglosajones en los que la colaboración público-privada tuvo su origen<sup>365</sup>.

Al concebirse, por tanto, como contrato administrativo típico y compartir en lo sustancial los rasgos característicos que informan la contratación pública en general, sin separarse incluso del marco normativo previsto para otros contratos nominados, no representa novedad alguna en el planteamiento relacional respecto de los sistemas contractuales públicos ya vigentes y, en tal sentido, su capacidad para acoger una nueva forma de relación entre los sectores público y privado es ciertamente escasa.

Así las cosas, el efecto benefactor sobre la praxis de implementación de proyectos, puesto de manifiesto por la reciente expansión de la práctica concesional, tiene su contrapartida en una negativa influencia en el plano conceptual y en el dimensionamiento teórico del proceso de adaptación al ordenamiento jurídico español. En este sentido la similitud de técnicas y procedimientos que ofrece la estructura concesional, si bien ha facilitado la aceptación sin grandes estridencias de complejos esquemas de financiación articulados jurídicamente sobre una propuesta basada en los principios básicos de la concesión, ha producido un efecto inhibitorio sobre el necesario ejercicio de reflexión y discusión en el plano teórico-doctrinal acerca de las claves de fundamento precisas para el adecuado ajuste a nuestras estructuras legales y administrativas de formas provenientes de sistemas jurídicos cuyos principios distan mucho de coincidir.

---

<sup>365</sup> La explicación del proceso de evolución del concepto de concesión tradicional hacia la idea de colaboración público-privada la tenemos en el capítulo primero de este trabajo.

De esta forma, aspectos de colosal importancia como la libertad de diseño y ejecución por el sector privado sin pautas predeterminadas por la Administración que posibilite la introducción de innovación y eficacia en la gestión, la adecuada asignación de los riesgos en orden a la consecución de un coste eficiente del proyecto, los procesos de selección competitiva del socio privado que atiendan las exigencias del carácter relacional a largo plazo del contrato, el énfasis necesario sobre la calidad final del servicio público objeto de provisión más que sobre los activos o la efectiva evaluación del coste del proyecto en relación con el coste de la provisión pública, por citar algunos, han sufrido una evidente desatención en la reciente experiencia española.

**A. La ausencia de libertad del sujeto privado en el diseño y ejecución de la obra.**

Como ya se ha señalado a lo largo de este trabajo los proyectos de colaboración público-privada, especialmente aquellos realizados con financiación privada, se plantean bajo la exigencia de que sean coste-efectivos respecto de su provisión por el sector público. La aportación de este valor añadido en términos de coste (*value for money*), esencial en la delimitación conceptual de estas fórmulas colaborativas respecto de la contratación tradicional, se alcanza mediante la implicación integral del sujeto privado en la totalidad del proceso de producción del bien o servicio objeto de provisión.

Ello supone, por un lado, la asunción por el sujeto privado de todos los riesgos derivados de dicho proceso excepto aquellos que el Estado retenga en virtud de consideraciones de eficiencia y, por otro, la necesaria libertad en el diseño, ejecución y operación de los activos sin criterios predeterminados por el sector público, salvo los requisitos de calidad en los servicios finales, de modo que se posibilite la introducción de los índices de innovación y eficacia de gestión necesarios para un coste efectivo del proyecto.

Los proyectos articulados en España a través del contrato de concesión de obra pública han seguido, sin embargo, los parámetros típicos de la contratación tradicional del que dicha figura es parte integrante en cuanto que la autoridad pública especifica los *inputs* o pautas requeridas para la ejecución o prestación del contratista en lugar de centrarse en la determinación de *outputs* u objetivos finales del servicio. En este sentido, la regulación relativa a la ejecución de la obra pública no dista mucho de la prevista para el contrato de obras ordinario, previéndose la realización por la Administración de un Anteproyecto de obras en el que se incluirán, entre otras cosas, *“los planos de situación generales y de conjunto necesarios para la definición de la obra”*<sup>366</sup> e incluso el propio proyecto de obras que defina todas sus características y al que el contratista deberá ajustar invariablemente la ejecución de aquellas<sup>367</sup>.

---

<sup>366</sup> El artículo 228. 1. del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece: *“En función de la complejidad de la obra y del grado de definición de sus características, la Administración concedente, aprobado el estudio de viabilidad, podrá acordar la redacción del correspondiente anteproyecto. Éste podrá incluir, de acuerdo con la naturaleza de la obra, zonas complementarias de explotación comercial.*

*2. El anteproyecto de construcción y explotación de la obra deberá contener, como mínimo, la siguiente documentación:*

- a. Una memoria en la que se expondrán las necesidades a satisfacer, los factores sociales, técnicos, económicos, medioambientales y administrativos considerados para atender el objetivo fijado y la justificación de la solución que se propone. La memoria se acompañará de los datos y cálculos básicos correspondientes.*
- b. Los planos de situación generales y de conjunto necesarios para la definición de la obra.*
- c. Un presupuesto que comprenda los gastos de ejecución de la obra, incluido el coste de las expropiaciones que hubiese que llevar a cabo, partiendo de las correspondientes mediciones aproximadas y valoraciones.*
- d. Un estudio relativo al régimen de utilización y explotación de la obra, con indicación de su forma de financiación y del régimen tarifario que regirá en la concesión, incluyendo, en su caso, la incidencia o contribución en éstas de los rendimientos que pudieran corresponder a la zona de explotación comercial”.*

<sup>367</sup> Por su parte el artículo 229 se refiere al *Proyecto de la obra y replanteo de éste* con el siguiente tenor: *En el supuesto de que las obras sean definidas en todas sus características por la Administración concedente, se procederá a la redacción, supervisión, aprobación y replanteo del correspondiente proyecto de acuerdo con lo dispuesto en los correspondientes artículos de esta ley y al reconocimiento de la utilidad pública de la obra a los efectos previstos en la legislación de expropiación forzosa.*

De esta forma, la Administración, lejos de inhibirse de las fases de diseño y ejecución de la obra pública dejando la iniciativa y la responsabilidad al sector privado en el proceso de producción para centrarse en la delimitación y control de los objetivos o requerimientos cualitativos del servicio final, asume directa y efectivamente una presencia activa en la determinación del modo de construcción del activo ahogando en gran medida las posibilidades de innovación y limitando la eficiencia del proyecto. A estos efectos, además, es insuficiente con la mera determinación por la Administración de unos estándares objetivos de disponibilidad o calidad que operan únicamente para la aplicación automática de las deducciones correspondientes sobre la retribución del concesionario por la explotación de la obra en el caso de incumplimiento de aquellos.

A la falta de margen de innovación por el sector privado y la consecuente limitación de los incentivos para reducir costes y aumentar la eficiencia se añade asimismo el problema del retorno del riesgo de construcción al sector público. Como hemos visto anteriormente el traslado del riesgo de construcción al sujeto privado implica la asunción por éste de aquella ejecución que se desvía del cumplimiento del proyecto inicialmente aprobado (defectos de ejecución, retrasos, modificaciones no aprobadas por la Administración....) y las normas de consolidación contable de Eurostat lo consideran suficiente transferencia de riesgo a dichos efectos.

Sin embargo, la determinación de las bases de construcción a través de un anteproyecto de obras por parte de la Administración (y un proyecto posterior basado en ellas) hace que, dentro del margen de cumplimiento de éstas, la responsabilidad y el riesgo de que la construcción sea adecuada o eficiente recaiga de nuevo en la propia Administración en tanto el contratista está liberado con el estricto cumplimiento del proyecto. Quiere decirse que si las condiciones de la obra prefijadas por la Administración no resultan las más idóneas para el servicio público que en ellas va a prestarse, son incompletas o insuficientes en su definición o carecen de previsiones técnicas de calado, las consecuencias negativas para la concesión que de ello se derivaran, siempre

que el concesionario ejecute la obra con estricto cumplimiento de dichas condiciones, recaerían automáticamente en la Administración.

Es el caso habitual de las modificaciones de la obra aprobadas por razones de interés público a las que la Administración debe recurrir frecuentemente por carencias, defectos e imprevisiones del propio proyecto más que razones sobrevenidas e imprevisibles como exige la LCSP y la doctrina del Consejo de Estado<sup>368</sup>. Los elevados sobrecostos derivados de dichas modificaciones son asumidos directamente por la Administración sin formar parte en ningún caso del riesgo de construcción que se traslada al concesionario de la misma forma que se hace en los contratos de obra ordinarios.

El valor añadido de un esquema colaborativo, de acuerdo a la teoría de Hart (2002) sobre la separación de funciones o *unbundling* ya analizada, reside precisamente en la libertad total del privado para proyectar y ejecutar la obra que será objeto de explotación, bajo aprobación y supervisión públicas pero sin criterios prefijados, de manera que cuente con los incentivos suficientes para introducir innovación y reducción de costes con inversiones que mejoren la eficiencia del proyecto durante la explotación y asuma, por el contrario, el riesgo total de construcción.

Por ello, las fórmulas de *PPP* son deseables en aquellas infraestructuras en que los parámetros de la construcción no sean fácilmente determinables y sí lo sean los del servicio. La aplicación por el sector público de unas condiciones estrictas de construcción de la obra en un esquema concesional, como se ha venido haciendo en España, contradice significativamente los fundamentos económicos que la doctrina ha sentado en la materia para su consideración como una fórmula de colaboración público-privada en su concepción original.

---

<sup>368</sup> Una detallada aproximación a la regulación legal de las modificaciones del contrato de obras así como de la jurisprudencia más relevante y los principales dictámenes del Consejo de Estado al respecto puede encontrarse en Jiménez Aparicio (2002: 921-948).



## **B. El inadecuado reparto de los riesgos.**

Por otro lado, el tratamiento del riesgo en los proyectos concesionales desarrollados en nuestro país tampoco ha sido convenientemente resuelto. Como ya señalamos en páginas anteriores el traslado de riesgos hacia el sujeto privado ha sido planteado exclusivamente para el cumplimiento de los criterios establecidos por Eurostat para la no consolidación de la inversión en el balance de la Administración, esto es, limitándose a una transferencia sustancial de los riesgos de construcción y disponibilidad o calidad. Pero tales criterios no están dirigidos a asegurar la eficiencia del proyecto en términos de coste y, consecuentemente, su idoneidad como estrategia de regulación respecto de la provisión pública, sino que únicamente representan indicios de un traslado suficiente de riesgos que sirven para determinar la calificación contable de la inversión.

Queremos decir con ello que en las normas de Eurostat no establecen reglas para un reparto eficiente de los riesgos en una relación de colaboración y por ello su consideración como única referencia para la asignación de los riesgos en un proyecto, tal y como se ha hecho reiteradamente en España, sólo garantiza, y no de forma definitiva, la no consolidación del activo en las cuentas públicas, pero no asegura que tal reparto de riesgos sea eficiente desde un punto de vista económico.

La regla esencial en este contexto es que únicamente se trasladen al sector privado aquellos riesgos, y en el grado preciso, respecto de los cuales está más capacitado o en mejor posición para manejarlos adecuadamente dejando al sector público la responsabilidad sobre los que tenga peor aproximación, ya que un traslado de riesgos en grado superior al óptimo o el de aquellos que el privado no maneje eficientemente supondrá el cargo por éste de una prima de riesgo más elevada que incrementará el coste final del servicio a pagar por el Estado y amenazará el objetivo de eficiencia del proyecto. La asignación de riesgos en un esquema de colaboración, por tanto, debe concebirse a través de dos claves conceptuales: la capacidad de las

partes para asumir el riesgo y el grado en que cada una puede controlar o influir en el objetivo que se ve bajo riesgo, debiendo asignarse a la parte o agente que más control ejerza sobre él y que pueda gestionarlo con un menor coste.

Como acertadamente matiza Allen (2001: 28) un proyecto no proporciona *value for money* con el mero traslado del riesgo, sino que únicamente lo asegura mediante la óptima asignación de los riesgos. La experiencia española ha carecido por lo general de un análisis de la asignación de los riesgos enfocado a la búsqueda de la máxima eficiencia, conformándose con un traslado suficiente de los riesgos al sector privado que asegurara el cumplimiento de los criterios de Eurostat.

Así, en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares de los contratos de concesión licitados en estos últimos años puede destacarse la falta de una matriz de riesgos que establezca el tratamiento contractual y el reparto entre las partes, además de los de construcción, disponibilidad y calidad, de la gran variedad de riesgos potencialmente involucrados en la ejecución y explotación de una infraestructura compleja como las de transporte o los equipamientos hospitalarios.

En todo caso, la prueba de que los proyectos incorporaban una adecuada asignación de los riesgos y contribuían a la obtención de la eficiencia en términos de coste no pudo ser demostrada en ningún caso ya que se obvió cualquier análisis comparativo con el coste que hubiera supuesto la alternativa de provisión directa por el sector público de dicha infraestructura. La comparación requiere la aplicación de métodos que iguallen la evaluación del coste de los proyectos públicos y privados en términos de riesgo, teniendo en cuenta que con financiación presupuestaria pública el coste de los riesgos existentes en un proyecto individual no se tiene en consideración.

El más utilizado, como sabemos, es el *Public Sector Comparator* que consiste básicamente en la armonización de los escenarios de costes entre proyectos con financiación pública y privada mediante la eliminación de las incidencias que sobre éstos produce la evaluación del traslado de riesgos. Ni el *Public Sector Comparator* ni ningún otro método alternativo de comparación de costes entre financiación pública y privada ha sido utilizado en España por lo que, en ningún caso, las fórmulas utilizadas en los diferentes proyectos han podido demostrarse como eficientes por su aportación de *value for money* (Allard y Trabant, 2008: 8).

Todo ello ha demostrado la incapacidad del contrato de concesión de obra pública para acoger relaciones complejas tales como la colaboración, y prueba de ello es la limitación de su vigencia temporal en este aspecto. La promulgación en apenas cuatro años de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público incorporando, como veremos en el capítulo siguiente, un nuevo contrato típico, el de colaboración entre el sector público y privado, que atendía precisamente a la necesidad de regular específicamente este tipo de relaciones, es prueba suficiente de que el contrato de concesión de obra pública no resultaba un marco adecuado para la colaboración.

Más aún, la simple necesidad detectada por el legislador de establecer un contrato específico para la regulación de la colaboración público-privada, al margen de su acierto, parece desdecir automáticamente cualquier consideración del contrato de concesión de obra pública como esquema de colaboración y, en tal sentido, ha venido a corroborar desde un punto de vista legal lo que ya pusimos de manifiesto con anterioridad a la publicación de la norma, contrariamente a la doctrina generalizada que calificaba tales contratos como nuevas fórmulas de colaboración público-privada (Fuentes Fernández, 2007).

En nuestra opinión, la reforma de la regulación contractual operada por la LCSP ha contribuido a situar el contrato de concesión de obra pública en el espacio que naturalmente le corresponde, desvinculándolo de cualquier otra

naturaleza que no sea la tradicionalmente concebida para la relación concesional, sin perjuicio de las innovaciones en el aspecto financiero que la figura ha incorporado, y delimitando un escenario contractual distinto para la colaboración que, como analizaremos más adelante, pretende recoger, al menos en parte, los principios esenciales que adornan la filosofía colaborativa.

No seremos reiterativos en este particular; sirva, no obstante, decir que la participación privada o gestión indirecta que representa el contrato de concesión de obra pública en nuestro Ordenamiento no establece variaciones de índole fundamental en el esquema relacional propio de la provisión pública más tradicional, pudiéndose amparar con carácter general en los principios y prácticas que informan la contratación de obras o servicios recogida en nuestra legislación de contratos. La colaboración, por el contrario, no propone una mera sustitución del sector público en sus responsabilidades de gestión, sino compartir la responsabilidad en un nuevo marco relacional entre ambos sectores con unos parámetros de relación híbridos entre los ámbitos público y privado, y cuyos principios inspiradores distan de coincidir con los de la contratación pública convencional.

Este diferente sustrato conceptual entre ambas figuras es el que la LCSP ha pretendido incorporar a través de la tipificación del nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. En el capítulo siguiente abordaremos más en profundidad el contenido jurídico de este contrato con la finalidad de constatar si el texto legal ha conseguido su objetivo.



## CAPÍTULO NOVENO.- LA ACTUAL REGULACIÓN DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN ESPAÑA: INSUFICIENCIAS Y CLAVES PARA SU MEJORA.

### I. EL CONTRATO DE COLABORACIÓN ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL SECTOR PRIVADO: EXPECTATIVAS E INCERTIDUMBRES.

#### 1. CONFIGURACIÓN GENERAL DEL CONTRATO.

Una de las novedades más relevantes de la LCSP es la incorporación de una nueva figura contractual, el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (en adelante CCSPSP), que se suma a los ya conocidos contratos de obras, servicios, suministros, concesión de obra pública y gestión de servicio público (artículo 5 de la LCSP)<sup>369</sup>. Su introducción respondió al mandato recogido en el Acuerdo de Consejo de Ministros de 25 de febrero de 2005, por el que se adoptan medidas de impulso a la productividad, en el que se instaba al Ministerio de Economía y Hacienda a incluir en el Anteproyecto de la LCSP por la que se transponen las directivas en materia de contratación, la regulación de los CCSPSP<sup>370</sup>.

El CCSPSP se configura, dentro de la estructura conceptual de la LCSP, como un contrato del sector público, típico o nominado, sujeto a regulación armonizada y administrativo ya que, de acuerdo con la definición que del

---

<sup>369</sup> El artículo 5 establece como *calificación de los contratos*: 1. Los contratos de obras, concesión de obras públicas, gestión de servicios públicos, suministro, servicios y de colaboración entre el sector público y el sector privado que celebren los entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público se calificarán de acuerdo con las normas contenidas en la presente sección.

<sup>370</sup> En particular, el Acuerdo de Consejo de Ministros de 25 de febrero de 2005 reza de la siguiente manera: "El Ministerio de Economía y Hacienda incorporará en el Anteproyecto de la Ley de Contratos del sector Público por el que se transpondrá la Directiva 2004/18/CE, además de las normas necesarias para la correcta transposición de la directiva al derecho interno, una regulación de los contratos de colaboración entre el sector público y el privado, para el cumplimiento de obligaciones de servicio público, así como los mecanismos legales adecuados que permitan identificar la proposición más ventajosa presentada por los licitadores a fin de garantizar la obtención del mayor valor posible como contrapartida a los recursos financieros aplicados al contrato".

mismo establece la Ley, el CCSPSP se ha previsto como un contrato que podrán celebrar, única y exclusivamente, las entidades del sector público que tengan la consideración de *Administración Pública*, según lo dispuesto en el artículo 3.2 de la Ley (Chinchilla Marín, 2006: 613)<sup>371</sup>.

De conformidad con el artículo 11.1 de la LCSP puede definirse el CCSPSP como sigue:

“Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquéllos en que una Administración Pública encarga a una entidad de derecho privado, por un periodo determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones:

- a) La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión.
- b) La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas.
- c) La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado.
- d) Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado”.

---

<sup>371</sup> Debe indicarse que la autora hace referencia en su artículo a la regulación incluida en el Proyecto de Ley, si bien, la hemos sustituido por la de la LCSP dado que su contenido se ha mantenido inalterado una vez aprobada y publicada la norma.

Esta primera aproximación a una regulación contractual de corte colaborativo en el Derecho español revela la búsqueda por el legislador de un marco flexible e indeterminado como claramente se deduce del análisis de la definición. La idea ha sido acercarse a la polivalencia y ductilidad de las fórmulas de colaboración a través de la inclusión de un elenco de posibles prestaciones que prácticamente agotan las contempladas dentro de las figuras contractuales típicas e incluyendo cualesquiera otras relacionadas con el desarrollo de un servicio público o actuación de interés general.

De esta forma el legislador propone una figura dotada de una generalidad e indeterminación conscientemente queridas, que no fruto de una deficiente precisión en la delimitación del concepto, para huir en lo posible a las estrecheces propias de los contratos nominados y alcanzar un reflejo de la filosofía colaborativa en la práctica administrativa española (Chinchilla Marín, 2006:624)<sup>372</sup>. Esencial, por tanto, se presenta esta indeterminación conceptual que deriva directamente, como señala González García (2006: 21, 22) de la complejidad de las prestaciones que han de proporcionar los contratistas privados para la consecución de una finalidad dificultosa y que configuran estos contratos como especialmente flexibles o, en palabras del propio autor, “modelos para armar”<sup>373</sup>.

Ciertamente, la Ley propone con el CCSPSP un marco general de configuración omnicomprendido de cualesquiera acciones promocionales de un servicio público o actuación de interés general que las partes modularán en cada relación particular articulando contractualmente un objeto único a partir de prestaciones heterogéneas. En este sentido debe ponerse el acento,

---

<sup>372</sup> En este sentido Chinchilla Marín (2006:624) destaca que “probablemente estamos ante una imprecisión deliberada o, incluso, hasta cierto punto inevitable; una definición abierta e incompleta que se limita a describir unos elementos caracterizadores de este tipo contractual para que sean las partes –Administración y contratista privado– las que terminen de definir y concertar los elementos del contrato en cada caso específico”.

<sup>373</sup> Dice el propio autor: “La flexibilidad y el aporte de fórmulas imaginativas en la prestación del servicio, que son unas de las características de la colaboración público-privada, quedarían transformadas en agua de borrajas si el contrato estuviera absolutamente estructurado en la legislación” (González García, 2006: 21, 22).



a nuestro juicio, en la expresión “*actuación global e integrada*” que, como la clave de un arco de medio punto, soporta todo el peso conceptual de la definición, que integra prestaciones que van mucho más allá de las típicas que reconocemos para los contratos mixtos (Brunete de la Llave, 2010: 40).

\*\*\*\*\*

Un ejemplo del concepto de actuación global e integrada con el que el legislador busca definir el objeto del CCSPSP lo encontramos en el contrato licitado por el Ayuntamiento de Alcoy “para la ejecución del expediente de contrato de colaboración entre el sector público y privado para la ejecución de la infraestructura denominada “Bulevar Estructurante Norte” cuyo objeto es una actuación urbana de carácter global que proponga una solución de desarrollo de la ciudad que integre una plataforma para el transporte y otros servicios públicos, canalización adecuada del tráfico privado, consolidación de los diferentes cuadrantes de la ciudad y fomento de espacios de recreo y esparcimiento, todo ello compatible con el uso y explotación comercial de áreas disponibles<sup>374</sup>.

---

<sup>374</sup> Del Programa Funcional se desprenden el objeto del contrato y la definición de las necesidades públicas a satisfacer en los siguientes términos: “*El CCSPSP ha sido considerado como la alternativa más idónea tanto en el plano económico como jurídico y financiero para desarrollar una actuación global e integrada consistente en:*

- a) la redacción del proyecto de Ejecución del Bulevar Estructurante Norte.*
- b) La gestión de la construcción de la infraestructura, bien a cargo del adjudicatario o de un tercero.*
- c) El control y dirección de la ejecución de la misma así como de sus respectivos equipamientos hasta su puesta en funcionamiento y la de todos los servicios necesarios para su utilización.*
- d) Su mantenimiento, conservación y explotación económica, en su caso, de las zonas y servicios que sean susceptibles de ello.*

La infraestructura objeto de examen en el presente programa supone la implantación de una vía urbana exterior que canalice el tráfico circulante y permita la comunicación directa entre los diferentes barrios de Alcoy. (...) El “Bulevar Estructurante Norte” supondrá para los ciudadanos una plataforma para la implantación de nuevos servicios urbanos destacándose entre ellos la solución que debe plantear para su utilización por los medios de transporte. Asimismo favorecerá la adopción de itinerarios alternativos mediante la adopción de vías de servicios que conecten el tráfico y liberen el centro de la ciudad. La reducción del tráfico en las vías centrales y la creación de un acceso central supondrá el crecimiento y consolidación de los diferentes cuadrantes de la ciudad. Finalmente el bulevar supondrá la creación de un

\*\*\*\*\*

En definitiva, partiendo de una referencia infraestructural básica y unas necesidades y objetivos de interés general que conviene alcanzar, se plantea una actuación en colaboración con el sector privado para la búsqueda de la solución que de mejor manera satisfaga dichas pretensiones.

Sin embargo, esta indefinición plantea serios problemas cuando de lo que estamos hablando es de un contrato administrativo típico o nominado que, como es natural, demandaría la delimitación precisa de su objeto en orden a una adecuada distinción respecto al resto de figuras contractuales recogidas en la Ley. Chinchilla Marín (2006: 624) centra el debate sobre la cuestión del objeto contractual señalando que es ahí donde radica uno de los problemas de esta nueva figura contractual dado que, según su tenor literal, en determinados supuestos puede resultar imposible distinguirlo de la concesión de obra pública. En su opinión sería deseable una mayor precisión y simplificación del concepto en aras de una adecuada distinción de otras figuras contractuales afines como la concesión de obra pública o el contrato de gestión de servicio público. En sentido contrario, sin embargo, se ha pronunciado sobre esta cuestión el Consejo de Estado señalando que el artículo 11 de la LCSP "ha hecho un notable esfuerzo de precisión a la hora de definir el tipo de CCSPSP"<sup>375</sup>.

Más allá de lo acertado de la definición del CCSPSP, la existencia misma del debate acerca de la precisión conceptual de dicha figura hace aflorar un problema mucho más profundo en la concepción de este modelo regulatorio como es el de su propia configuración como contrato típico o nominado en el seno de la LCSP y evidencia, al mismo tiempo, lo estéril de cualquier discusión sobre la mayor o menor precisión en el objeto del CCSPSP.

---

paseo ajardinado adaptado al uso ciudadano y un carril bici que transcurra paralelo al trazado de dicha ronda". <http://www.ajualcoi.org>.

<sup>375</sup> Dictamen 514/2006, del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, aprobado el 25 de mayo de 2006, pág. 40.

A diferencia de los demás contratos típicos incluidos en nuestra legislación de contratos que se caracterizan por tener un objeto propio y perfectamente definido, esto es, por configurarse de tal modo que la Administración pueda elegir entre uno u otro según el tipo de necesidad que pretenda satisfacer (obras, suministros, servicios...), el CCSPSP no pretende servir de cauce para contratar con terceros un tipo de prestación determinada, sino que permite atender prácticamente cualquier necesidad sentida por la Administración que no pueda ser resuelta mediante la utilización de los contratos *ordinarios* (Jiménez Díaz, 2008).

Así, el CCSPSP se reserva para aquellos casos en que, habida cuenta de la complejidad del contrato, la Administración no está en condiciones de definir, con carácter previo a la licitación, los medios técnicos necesarios para alcanzar los objetivos proyectados o de establecer los mecanismos jurídicos y financieros para llevar a cabo el contrato. Es decir, el interés público reside en la articulación de un mecanismo contractual que permita a la propia Administración definir cuales son sus necesidades y la forma en que puede satisfacerlas, en aquellos casos en que la complejidad de las mismas sea tal que no se identifican con el objeto de los contratos nominados ya previstos en la Ley.

Por ello la propia Ley lo configura como un contrato residual y establece en su artículo 11.2 que sólo podrá celebrarse el CCSPSP cuando previamente se haya puesto de manifiesto que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas<sup>376</sup>. Igualmente, de

---

<sup>376</sup> El propio artículo 11.2 determina que la justificación necesaria para recurrir al CCSPSP se hará en la forma prevista en el artículo 118. Ello significa que cuando la Administración se enfrente a especiales dificultades en la definición de los medios técnicos, «*con carácter previo a la iniciación de un expediente de contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, la Administración contratante deberá elaborar un documento de evaluación en que se ponga de manifiesto que, habida cuenta de la complejidad del contrato, la Administración no está en condiciones de definir, con carácter previo a la licitación, los medios técnicos necesarios para alcanzar los objetivos proyectados o de establecer los mecanismos jurídicos y financieros para llevar a cabo el contrato, y se efectúe un análisis comparativo con formas alternativas de contratación que justifiquen en términos de obtención de mayor valor por precio, de coste global, de eficacia o de imputación de riesgos, los*

acuerdo al principio de absorción, el CCSPSP carece de un régimen jurídico propio, aplicándose, además de las normas generales, las disposiciones especiales correspondientes al contrato típico cuyo objeto se corresponda con la prestación principal de aquél<sup>377</sup>.

La dificultad para delimitar conceptualmente el CCSPSP en la LCSP a través de un objeto contractual suficientemente definido y para mantener el equilibrio deseable entre precisión y flexibilidad de manera que pueda reflejarse de manera rigurosa una realidad tan etérea como la que hemos descrito en los párrafos anteriores no es, a nuestro juicio, atribuible tanto a la incapacidad del legislador como a la imposibilidad misma de tal objetivo. No

---

*motivos de carácter jurídico, económico, administrativo y financiero que recomienden la adopción de esta fórmula de contratación» (artículo 118.1 LCSP).*

Es necesario determinar, por tanto, la complejidad del contrato caso por caso, teniendo en cuenta la capacidad de la autoridad contratante, es decir, si está en situación de definir los recursos técnicos necesarios o establecer el marco legal o financiero del contrato. El concepto de complejidad técnica puede hacer referencia a dos casos:

1. Aquel en que la autoridad contratante no es capaz de definir los medios técnicos a usar para alcanzar la solución perseguida. Este supuesto puede ser bastante extraño dada la posibilidad de establecer especificaciones técnicas – total o parcialmente- en términos de funciones o resultados.
2. Cuando la autoridad contratante no sea capaz de determinar cual de las varias soluciones posibles es la mejor o mas adecuada para atender a las necesidades a satisfacer con el contrato. En ambos casos el contrato en cuestión puede considerarse particularmente complejo. Por ejemplo: la autoridad contratante quiere establecer una conexión entre las dos orillas de un río y para ello podrá acudir a dos soluciones técnicas posibles: túnel o puente.

La complejidad legal o financiera, típica en los contratos de colaboración aparece cuando la autoridad contratante quiere tener a su disposición un equipamiento infraestructural financiado, construido y operado por el sector privado durante un período largo de tiempo siendo el marco legal y financiero de este contrato a menudo particularmente complejo. La instrumentación financiera de acuerdo a las reglas del *project finance* suponen una financiación estructurada exclusivamente diseñada para cada proyecto concreto y su articulación contractual exige un complejo proceso de acercamiento de posiciones entre los diversos actores para establecer condiciones y garantías propias de una relación a largo plazo al tiempo que se eviten unos excesivos costes de transacción.

<sup>377</sup> El artículo 289 de la LCSP establece respecto del régimen jurídico del CCSPSP lo siguiente: *“Los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado se registrarán por las normas generales contenidas en el Título I del presente Libro y por las especiales correspondientes al contrato típico cuyo objeto se corresponda con la prestación principal de aquél, identificada conforme a lo dispuesto en el artículo 120.a), en lo que no se opongan a su naturaleza, funcionalidad y contenido peculiar conforme al artículo 11. Estas normas delimitarán los deberes y derechos de las partes y las prerrogativas de la Administración”.*

es posible articular la colaboración público-privada como un contrato típico y nominado sencillamente porque no lo es.

Como hemos visto a lo largo de este trabajo la colaboración público-privada no atiende a la satisfacción de necesidades públicas nuevas o distintas de aquellas a las que se dirige la contratación más tradicional, sino a una nueva manera de satisfacer dichas necesidades. En tal sentido puede concebirse como una “técnica relacional” que propone una diferente aproximación a las relaciones entre el sector público y los particulares para la realización de actividades de interés general o la producción de bienes y servicios.

Para la provisión de infraestructuras existen en nuestro Ordenamiento diferentes contratos -el contrato de obras y el contrato de concesión de obra pública<sup>378</sup>- en función del objeto específico o necesidad pública que la Administración pretende satisfacer: en el primer caso, la simple adquisición de una obra construida y en el segundo la construcción y puesta a disposición de los ciudadanos de una obra así como su explotación posterior durante un periodo de tiempo determinado<sup>379</sup>. La existencia de tipos contractuales distintos responde, por tanto, a diferentes necesidades públicas en relación con la provisión de infraestructuras a las que la Administración puede hacer frente mediante la contratación.

La colaboración público-privada para dotación de infraestructuras, sin embargo, no atiende a la satisfacción por la Administración de una necesidad pública distinta de las anteriores, no existe un objeto contractual específico que justifique la existencia de otro tipo contractual diferente del de obras y el de concesión de obra pública, sino que pretende dar cumplimiento a dichas

---

<sup>378</sup> También se contempla el contrato de gestión de servicio público en su modalidad de concesión cuando lleva aparejado la construcción, si bien, a nuestro entender tal posibilidad no está prevista para la construcción y explotación de infraestructuras en las que la obra no tiene un carácter meramente accesorio de un servicio público. Véase a este respecto la nota 360.

<sup>379</sup> Acerca de la discusión doctrinal sobre las diferencias entre el contrato de obras y el de concesión de obra pública puede verse a Sanz Gandásegui (2003:97).

necesidades públicas de una forma alternativa a la que proponen estos contratos, es decir, mediante una fórmula de relación entre las partes del contrato –Administración y sector privado- basada en la colaboración y el reparto de riesgos y beneficios en lugar de en la posición jerárquicamente preponderante del sujeto público que preside la contratación pública tradicional.

Como señalan García de Enterría y Fernández (2004: 648) en “la contratación pública la Administración utiliza instrumentos contractuales en el ámbito de específico de las relaciones patrimoniales que son comunes a todos los sujetos del derecho; la Administración actúa como “cliente” de los empresarios privados, esto es, en un terreno de simple colaboración o intercambio patrimonial: paga dinero o transfiere posibilidades de actuación frente al público a ella reservadas a cambio de cosas o de servicios que busca y que recibe”.

Por el contrario la colaboración supone, según los propios autores, “una técnica de administrar, en el sentido jurídico de esta expresión, y no de intercambiar prestaciones patrimoniales: la Administración renunciaría a hacer valer imperativa y unilateralmente sus poderes y se avendría a convenir con los particulares destinatarios la aplicación concreta de los mismos, ganando, en cambio, una colaboración activa de los administrados más beneficiosa (no sólo en el orden social, sino también en el de la pura eficiencia) que la pasiva y resignada, cuando no eludida o evadida, sumisión” (García de Enterría y Fernández, 2004: 649). En este sentido el planteamiento de una técnica alternativa, la negociada, a la tradicional contratación pública tiene su origen en la constatación exacta de una realidad: la extraordinaria rigidez de un ordenamiento construido a la medida de una Administración que manda y se impone<sup>380</sup>.

---

<sup>380</sup> Esta rigidez no se ha sentido como una carga mientras la Administración ha reducido su actividad a la salvaguarda del orden público y el sostratamiento de los servicios públicos esenciales de acuerdo con los planteamientos propios del Estado liberal. Hoy, en cambio, asumida por la Administración la tarea de conformar un orden social más justo, esa rigidez

La utilización de la técnica colaborativa en España es sobradamente conocida a través de los convenios administrativos con particulares para la realización de actividades de interés general<sup>381</sup>, figura profusamente utilizada en el marco de la actual Administración “negociada” o “concertada” (García de Enterría y Fernández, 2004: 649). Cuando nos situamos, sin embargo, en el ámbito de los bienes y servicios -el caso de la provisión de infraestructuras, por ejemplo- la utilización de la fórmula convencional queda eclipsada por la necesidad de aplicar la normativa contractual para garantizar los principios comunitarios, especialmente en lo referente a la selección del contratista, pero estaríamos hablando del mismo fundamento conceptual en ambos casos.

---

constituye una grave limitación. Mandar y sancionar a través de decisiones unilaterales y ejecutorias, sistema plenamente eficaz cuando se trata de imponer el orden y asegurar el respeto a la Ley, resulta insuficiente, sin embargo, para polarizar las energías sociales en orden a la consecución de los objetivos propuestos en los planes económicos. El acto unilateral asegura eficazmente la sumisión pero es incapaz de suscitar el entusiasmo y el sedeo de colaboración (García de Enterría y Fernández, 2004: 650).

<sup>381</sup> Sin una pretensión sistematizadora, sino meramente aproximativa, podríamos distinguir las siguientes modalidades y ejemplos de convenios de colaboración con particulares fuera del ámbito de los bienes y servicios públicos:

- a) Servicios no económicos de interés general y titularidad privada: gestión de balnearios, bibliotecas, museos...
- b) Actividades de interés general:
  - 1. parternariados locales.
  - 2. convenios con entidades colaboradoras no lucrativas (ONG's, voluntariado social, cooperación al desarrollo, mecenazgo...).
  - 3. convenios de colaboración con cámaras oficiales, colegios profesionales, asociaciones, convenios urbanísticos...
- c) Actividades privadas de interés público:
  - 1. convenios para el soterramiento de líneas eléctricas.
  - 2. patrocinio privado de actividades de interés general.
  - 3. convenios subvencionales para actividades de fomento o financiación de PYMES y particulares.
- d) Terminación convencional de procedimientos administrativos:
  - 1. convenios para liquidación y pago de obligaciones tributarias.
  - 2. convenios urbanísticos.

En el ámbito de los servicios públicos también existen ejemplos de convenios de colaboración con los particulares como es el caso de los convenios con entidades bancarias colaboradoras para funciones recaudatorias de la Agencia Tributaria.

Queremos insistir en que la aplicación de la filosofía colaborativa a la esfera de la contratación pública supone, no una nueva tipología contractual, sino una diferente forma de contratar, esto es, una técnica de contratación alternativa al tradicional enfoque que impera en la transmisión de bienes y servicios (Jiménez Díaz, 2008). Una idea que podría también deducirse de las palabras de González García (2006: 21) al destacar la indeterminación del objeto del contrato: “lo que tiene que proporcionar el ordenamiento jurídico es, por un lado, un marco habilitante para la concertación a través de esta modalidad y, por otro, establecer las garantías básicas en defensa del interés general. (...) Ésta, en consecuencia, es sólo un marco de actuación, una oferta al operador”.

La opción elegida por el legislador español al catalogar la colaboración público-privada como un tipo contractual nominado no solamente incurre, a nuestro entender, en una confusión conceptual fundamental al obviar el verdadero significado de la práctica colaborativa desde su concepción primigenia, sino que contribuye a una mayor complejidad del panorama contractual mediante la superposición de figuras contractuales difícilmente distinguibles atendiendo a la definición de su objeto. Ello conducirá a serios problemas de aplicabilidad.

Porque ¿qué es lo que realmente distingue el objeto del CCSPSP del resto de los contratos nominados? ¿Acaso existe algún criterio objetivo para determinar de forma fehaciente cuando debe utilizarse el CCSPSP más allá de la justificación subjetiva de la propia Administración? ¿Cómo puede plantearse la aplicación del CCSPSP cuando la complejidad de las necesidades impide la utilización de otros contratos nominados y, sin embargo, remitir el régimen jurídico específico que regule la vida del contrato al propio de alguno de dichos contratos que se consideraban inadecuados para satisfacer tales necesidades? Desde la perspectiva de la tipificación contractual ¿no está ya prevista la figura del contrato mixto para la realización de una actuación que comprenda varias prestaciones?



A nuestro entender, la respuesta a estas preguntas debe situar la colaboración público-privada en un plano distinto al de los contratos típicos ya que su razón de ser no está en la satisfacción de un objeto o necesidad distintos al de las demás tipologías contractuales, sino ofrecer una forma más integral, flexible y eficaz de satisfacer una o varias de las prestaciones que ya están recogidas como objeto de dichas tipologías. Una prueba de ello es el planteamiento que hace la propia LCSP para definir el CCSPSP reservándolo para aquellos casos en que, habida cuenta de la complejidad del contrato, la Administración no está en condiciones de definir, con carácter previo a la licitación, los medios técnicos necesarios para alcanzar los objetivos proyectados o de establecer los mecanismos jurídicos y financieros para llevar a cabo el contrato.

No cabe duda de que la finalidad de interés público para establecer esta modalidad regulatoria está en la necesidad de la propia Administración de encontrar, en colaboración con el sector privado, el cauce para definir adecuadamente cuáles deben ser las actuaciones a realizar para la satisfacción de los objetivos públicos así como los medios para su consecución<sup>382</sup>. Es decir, se plantea una diferente técnica de contratación basada en la colaboración como esquema relacional alternativo a la contratación tradicional, de manera que la Administración y el sector privado basan sus relaciones en la negociación, la confianza mutua en la consecución de un objetivo común que beneficie los intereses de ambos, la flexibilidad en

---

<sup>382</sup> Un ejemplo de ello lo podemos encontrar en "*The Vancouver Landfill Project*", un esquema de PPP desarrollado en 2001 por la ciudad de Vancouver para el aprovechamiento energético de residuos sólidos. Inicialmente la Administración local había pensado construir y gestionar de forma directa una planta de aprovechamiento en el vertedero de la ciudad, si bien, seguidamente consideró la posibilidad de obtener otras alternativas que maximizasen los beneficios económicos, sociales y medioambientales para la comunidad. Así, en 2001 procedió a licitar un procedimiento competitivo para seleccionar un socio privado que diseñara, financiara, construyera y operara una planta de tratamiento de residuos, abriendo un proceso de negociación con cinco proponentes que ofrecían otras tantas opciones diferentes de aprovechamiento de los gases generados por los residuos, ninguna de ellas prevista originalmente por la Administración. Tras el procedimiento pertinente se adjudicó en 2002 un contrato de PPP a 20 años a la proposición más ventajosa.

el objeto y naturaleza de las actuaciones que pueden llevarse a cabo en el seno de dicha relación y la participación de todos aquellos intereses involucrados.

Una vez adoptada esta técnica colaborativa para satisfacer los intereses públicos la articulación jurídica de la relación podrá llevarse a cabo a través de las categorías contractuales típicas o nominadas que se contienen en la LCSP, si bien, su contenido regulatorio se verá impregnado del carácter colaborativo de la relación.

## 2. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO.

Más allá de la cuestión relativa a la configuración del CCSPSP como un contrato nominado en el seno de la LCSP, a cuya consideración hemos dedicado el apartado anterior, procede examinar a continuación los elementos regulatorios que se esconden en su contenido y, a la luz de los fundamentos que, a nuestro entender, deben presidir todo acercamiento a una propuesta de colaboración público-privada, determinar la posible contribución de este contrato a la consolidación de la fórmula colaborativa en España.

En tal sentido, podemos adivinar la pretensión del CCSPSP de incorporar aquellos rasgos esenciales que, adoptando la perspectiva del Libro Verde, caracterizan comúnmente las operaciones de colaboración público-privada contractual entendida como una relación compleja a largo plazo entre un poder público y el sector privado en la que este último asume el protagonismo en la materialización de las prestaciones y su financiación bajo una articulación de corte colaborativo en que ambas partes compartan los riesgos y beneficios asegurando la eficiencia en la consecución de los objetivos públicos y el respeto al interés general.

Así, de acuerdo con línea apuntada por el Libro Verde, por un lado, se debe atender a la complejidad y duración relativamente larga de la relación, que implica la cooperación entre el socio público y el privado en diferentes

aspectos del proyecto que se va a realizar y la atención a su carácter relacional; en segundo lugar, al modo de financiación del proyecto, en parte garantizado por el sector privado pudiéndose completar con financiación pública, así a como la participación del operador económico en diferentes etapas del proyecto (diseño, construcción, operación y financiación), concentrándose el socio público esencialmente en la definición de los objetivos que han de alcanzarse en materia de interés público y calidad de los servicios y en garantizar su cumplimiento; y, por último, debe asegurarse el reparto eficiente de los riesgos entre el socio público y el privado, en función de las capacidades respectivas de las partes en cuestión para evaluarlos, controlarlos y gestionarlos (apartado 2 del Libro Verde).

La combinación de los dos últimos aspectos determinará, en última instancia, el valor añadido del proyecto en términos de coste o rentabilidad de la inversión –*value for money*– respecto de la eventual prestación directa por el sector público. En este sentido se pronuncia también García Capdepón (2005: 89 y ss) al delimitar los elementos que caracterizan la colaboración público-privada.

Pues bien, la asunción de los anteriores elementos caracterizadores se articula en la LCSP a través de su plasmación, bien en el contexto de las actuaciones previas a la celebración del contrato, bien como requisitos de contenido mínimo del clausulado, en el propio proceso contractual<sup>383</sup>.

En primer término, se integra el tratamiento de la rentabilidad de la inversión y la estructura de costes a través de dos aspectos novedosos respecto a la regulación anterior: por un lado, una evaluación previa como requisito para la adopción de esta modalidad contractual y, por otro, la

---

<sup>383</sup> Un análisis del contenido del contrato puede encontrarse en Chinchilla Marín (2006: 622-640).

inclusión como contenido esencial del contrato de la asignación de los riesgos del proyecto entre las partes<sup>384</sup>.

En segundo lugar se atiende al carácter relacional del contrato de colaboración mediante la incorporación de un sistema específico de selección negociada del contratista privado: el diálogo competitivo.

Así, de acuerdo a la configuración planteada por el legislador podemos deducir una evidente intención de superar las carencias conceptuales que aquejaban al contrato de concesión como regulación de esquemas de colaboración, pero las vías mediante las que se pretende introducir la racionalidad colaborativa en la regulación contractual, basadas en la acreditación formalista y documental, arrojan no pocas dudas sobre su capacidad para cristalizar dicha voluntad en verdaderos esquemas de colaboración público-privada más allá de su apariencia. Veamos a continuación cuales son las razones que pueden frustrar dichas expectativas.

#### A. La evaluación previa de la necesidad de la colaboración.

La concepción del “documento de evaluación” en el marco de las actuaciones preparatorias del contrato responde a la necesidad de que la Administración justifique suficientemente las razones por las que acude al CCSPSP. De conformidad con el artículo 118.1 de la LCSP deberá aportarse una doble motivación: por un lado, que, dada la complejidad del contrato, la Administración no está en condiciones de definir los medios necesarios para alcanzar los objetivos proyectados o de establecer los mecanismos para llevar

---

<sup>384</sup> Debe recordarse que bajo la regulación del contrato de concesión de obra pública, e impuesto por la propia naturaleza concesional, existía el traslado de los riesgos al socio privado y que, atendiendo a los criterios de consolidación contable establecidos por Eurostat, éste debía ser suficiente respecto de los riesgos de construcción y disponibilidad o calidad. Sin embargo, no había desde el punto de vista contractual ninguna exigencia sobre la necesidad de establecer un reparto de riesgos eficiente a efectos de garantizar el valor añadido del proyecto en términos de coste o rentabilidad de la inversión del proyecto y, mucho menos, la inclusión en el clausulado de los riesgos que específicamente debería asumir cada sujeto sino que tal extremo se debía deducir de los derechos y obligaciones generales de las partes respecto de la ejecución de la obra pública y del régimen económico del contrato.

a cabo el contrato y, por otro, que en términos comparativos respecto a otras modalidades de contratación la obtención de un mayor valor por precio, de coste global, de eficacia o de imputación de riesgos, hace recomendable la adopción de este tipo de contrato<sup>385</sup>.

La primera cuestión aborda la esencia misma del CCSPSP, esto es, la necesidad de la propia Administración de encontrar, en colaboración con el sector privado, el cauce para definir adecuadamente cuáles deben ser las actuaciones a realizar para la satisfacción de los objetivos públicos así como los medios para su consecución. En este sentido, y dado el carácter residual de este contrato en el marco de la LCSP, la justificación deberá ser lo suficientemente precisa y rigurosa como para sustentar lo que significará, en gran parte, la razón de ser de la utilización de esta forma contractual, sin conformarse con un simple documento de trámite incorporado como mera formalidad al expediente.

En todo caso hay que tener en cuenta que nos encontramos ante un aspecto eminentemente subjetivo, en tanto que la propia necesidad sentida por la Administración sobre la adecuación de esta fórmula contractual como medio para satisfacer las necesidades públicas es, a nuestro entender, motivo suficiente en sí mismo para justificar su adopción. Ello es así porque, como ya analizamos en el apartado anterior, la colaboración es una forma de contratación, una filosofía de acción pública cuya implementación no depende de causas objetivas sino de la estrategia regulatoria que el sector público entienda conveniente para la atención de necesidades prestacionales

---

<sup>385</sup> Literalmente el artículo 118.1 establece respecto de la evaluación previa lo siguiente: *"Con carácter previo a la iniciación de un expediente de contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, la Administración contratante deberá elaborar un documento de evaluación en que se ponga de manifiesto que, habida cuenta de la complejidad del contrato, la Administración no está en condiciones de definir, con carácter previo a la licitación, los medios técnicos necesarios para alcanzar los objetivos proyectados o de establecer los mecanismos jurídicos y financieros para llevar a cabo el contrato, y se efectúe un análisis comparativo con formas alternativas de contratación que justifiquen en términos de obtención de mayor valor por precio, de coste global, de eficacia o de imputación de riesgos, los motivos de carácter jurídico, económico, administrativo y financiero que recomienden la adopción de esta fórmula de contratación"*.

complejas. Su concepción, a nuestro juicio errónea, como contrato nominado en la LCSP provoca precisamente un proceso de justificación extraño al contexto natural de los contratos típicos nominados en los que la objetividad de las prestaciones que son su objeto sirve de pauta definitiva para su existencia. No ocurre así en este caso.

**B. Valoración y acreditación de la mayor rentabilidad de la inversión y de la estructura de costes.**

Mayor incertidumbre se deriva de la valoración del segundo elemento de motivación incluido en el artículo 118.1 de la Ley, esto es, que se (...) *efectúe un análisis comparativo con formas alternativas de contratación que justifiquen en términos de obtención de mayor valor por precio, de coste global, de eficacia o de imputación de riesgos, los motivos de carácter jurídico, económico, administrativo y financiero que recomienden la adopción de esta fórmula de contratación*".

El "juicio de razonabilidad", como lo definen algunos autores (González García, 2006: 16), sobre el valor añadido términos de rentabilidad de la inversión y coste de esta forma contractual en respecto de otros mecanismos de provisión apunta directamente al aseguramiento del principio de la eficiencia en el gasto público, consecuencia del de eficacia administrativa que establece el artículo 103 de la Constitución española, como fin último de la adopción de una fórmula alternativa de contratación como sería el CCSPSP. Su capital importancia ya se ponía de manifiesto en el contexto de la *PFI* inglesa, como ha quedado demostrado en este trabajo, hasta el punto de que aquella se definió como uno de los principales medios mediante los que el sector público puede asegurar mayor *value for money* en colaboración con el sector privado (HM Treasury UK, 1997).

El primer problema que se deriva del planteamiento del CCSPSP es que la Ley no traduce correctamente el término *value for money* sobre el que basa su exigencia de una evaluación previa y que el artículo citado define como

“obtención de mayor valor por precio, de coste global, de eficacia o de imputación de riesgos”. Parece evidente que, a la luz de una definición legal tan confusa y oscura difícilmente puede entenderse de forma precisa el alcance de dicho concepto. Si la propia Ley no traslada adecuadamente el término original acuñado en la regulación anglosajona ¿cómo va a ser posible su aplicación?

El término *value for money* aplicado a los proyectos realizados con financiación privada se refiere a la exigencia de que éstos sean eficientes en términos de coste respecto de su provisión por el sector público, esto es, que aporten cierto valor añadido en términos de rentabilidad de la inversión en comparación con la asunción de dicha inversión directamente con financiación pública y con cargo al Presupuesto. El mayor *value for money* será el de aquella opción de provisión que suponga la menor carga financiera directa o indirecta que el sujeto público debe financiar. Este coste será el de financiar, construir y mantener los activos, por un lado, o el precio por los servicios ofrecidos por el privado en un *PPP* (Grout, 1997: 53-66)<sup>386</sup>.

Pues bien, la efectividad de una evaluación comparativa de esta índole requiere la aplicación de sistemas que igualen la evaluación del coste de los proyectos públicos y privados en términos de riesgo teniendo en cuenta que con financiación presupuestaria pública el coste de los riesgos no se tiene en consideración. Como ya se ha señalado el más comúnmente utilizado es el *Public Sector Comparator* (PSC) cuya finalidad es la homogeneización de los escenarios de costes entre proyectos con financiación pública y privada mediante la eliminación de las incidencias que sobre éstos produce la evaluación del traslado de riesgos.

---

<sup>386</sup> Los costes pueden ser directos o indirectos, esto es, los derivados de las diferencias por la calidad de los servicios según los estándares pactados (*benchmark specifications*). Así, por ejemplo, se tendrán en cuenta como mayor coste aquellas externalidades positivas derivadas de la calidad de los servicios que no aparezcan en una opción pero sí en la alternativa (Grout, 1997: 53-66).

Sólo a través de un instrumento de estas características podrá alcanzarse una imagen comparativa fiel respecto del coste real que la provisión de una iniciativa infraestructural supone para ambos sectores de manera que sea posible ceder la responsabilidad de su implementación a aquel que ofrezca una situación de mayor eficiencia y, por tanto, la estrategia regulatoria elegida quedará respaldada por su objetiva contribución a un eficiente uso de los recursos públicos

Desde esta perspectiva, la ausencia de una previsión concreta en el artículo 118 acerca de la exigencia de un sistema específico de comparación que reúna las características del PSC, aún admitiendo su libre elección por la propia Administración, deja abierta la puerta al riesgo de trivialización de un elemento esencial del contrato. En tal sentido, la simple definición de forma genérica de un análisis comparativo como contenido del documento de evaluación, sin determinación mínima de los requisitos técnicos, alcance y procedimiento para su puesta en práctica, aún significando un rasgo de flexibilización que amplía en margen de decisión del órgano contratante sobre el método a utilizar, puede permitir, llegado el caso, un planteamiento de la evaluación como un trámite más del proceso mediante la adopción de un análisis comparativo, dada su generalidad, igualmente formal.

Una prueba de lo anterior es la previsión en la LCSP de un procedimiento especial en que, por razones de imperiosa urgencia no imputables a la propia Administración, se permite la simplificación del documento de evaluación que deberá justificar el recurso al CCSPSP. Así se desprende del apartado 2 b) del propio artículo 120 al señalar que *“la evaluación a que se refiere el apartado anterior podrá realizarse de forma sucinta si concurren razones de urgencia no imputables a la Administración contratante que aconsejen utilizar el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado para atender las necesidades públicas”*.

Teniendo en cuenta la relevancia de la evaluación previa prevista por el legislador, aspecto decisivo para la propia existencia del CCSPSP dado su



carácter residual, la posibilidad de solventar dicho análisis mediante la evacuación de un documento de evaluación “sucinto” no parece avalar un tratamiento acorde con su trascendencia sino más bien lo contrario. A nuestro juicio, la simplificación de los procedimientos por razones de urgencia debe referirse a la reducción de plazos y la eliminación de trámites formales como medio de agilización del propio proceso pero, en ningún caso, es aceptable la eliminación de elementos esenciales o su conversión en meras formalidades sin contenido sustancial.

Como acertadamente señala Chinchilla Marín (2006: 625) en este segundo supuesto la urgencia parece justificar por sí misma la elección del CCSPSP; “no acierto a comprender, continúa la autora, el porqué de la inclusión de este segundo supuesto que permite acudir al CCSPSP por razones de urgencia, pues pienso que difícilmente va a ser compatible la urgencia con la complejidad que, según se desprende de la ley, es la característica principal de este contrato, su razón de ser”.

En este sentido, la invitación a la Administración para despachar un requisito esencial como la evaluación de forma simplificada sin otra justificación que la urgencia, revela de forma transparente su verdadera naturaleza de mero trámite formal que puede ser fácilmente sorteado. Una intención la del legislador que, lejos de fundamentarse únicamente en unas excesivas reservas por nuestra parte, ha quedado recientemente confirmada en el Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible<sup>387</sup> presentado por el Gobierno que, en su Disposición Final Decimoctava apartado 4, prevé la modificación del artículo 118 de la LCSP sobre la evaluación previa añadiendo un párrafo con el siguiente tenor: “*No será necesario realizar una nueva evaluación cuando un órgano integrado en la misma Administración o entidad*

---

<sup>387</sup> La Ley se inscribe dentro de la Estrategia para la Economía anunciada por el Presidente del Gobierno en el Congreso de los Diputados. Dicha Estrategia está integrada, además del Proyecto de Ley de Economía Sostenible, por el Fondo para la Economía Sostenible, el Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local, y un programa de reformas estructurales con un horizonte de diez años. El Proyecto de Ley se encuentra en fase de tramitación parlamentario.

*que aquél que pretenda realizar el contrato, o en la Administración de la que dependa éste o a la que se encuentre vinculado, la hubiese efectuado previamente para un supuesto análogo”.*

Ello ratifica definitivamente nuestro escepticismo sobre la realidad de una evaluación rigurosa del valor añadido del CCSPSP respecto de otras alternativas contractuales.

### C. El órgano experto.

Igualmente problemática será la puesta en práctica de las previsiones de la LCSP respecto del órgano colegiado y experto que deberá llevar a cabo la evaluación previa del CCSPSP. De acuerdo con el artículo 118.3 la evaluación será realizada por un órgano colegiado donde se integren expertos con cualificación suficiente en la materia sobre la que verse el contrato, correspondiendo dicha función según el artículo 296.2 relativo al diálogo competitivo, a la Mesa especial de diálogo competitivo<sup>388</sup>.

La falta de especialización de la Administración española en una materia compleja y novedosa como la colaboración público-privada y, en especial, la ausencia de unidades especializadas en las distintas instancias competentes para la contratación como ya existen en muchos de los Estados de la UE, va a hacer extremadamente difícil una evaluación rigurosa y técnicamente precisa, comprometiendo así su eficacia final como elemento esencial para la decisión de implementar un CCSPSP (Allard y Trabant, 2008: 8).

No ayuda tampoco a este respecto la ausencia en la Administración española de una práctica consolidada en el análisis de los costes de la propia actividad administrativa más allá de algunos ámbitos muy concretos de la

---

<sup>388</sup> El artículo 296.2 de la LCSP señala que *“En los expedientes que se tramiten para la celebración de contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, corresponderá a la Mesa especial del diálogo competitivo la elaboración del documento de evaluación previa a que se refiere el artículo 118”.*

acción pública como por ejemplo la contratación de proyectos de servicios y suministros de alta tecnología por el Ministerio de Defensa<sup>389</sup>.

#### D. La identificación y asignación de los riesgos.

Estrechamente relacionada con lo anterior está la cuestión del reparto eficiente de los riesgos entre los sectores público y privado. La LCSP establece en su artículo 120, definidor del contenido necesario de todo CCSPSP, las condiciones acordadas por las partes para el reparto de los riesgos y la especificación de su efectiva asignación<sup>390</sup>. La importancia capital de un adecuado reparto de los riesgos para asegurar la eficiencia de un esquema de colaboración ya ha quedado suficientemente subrayada a lo largo de este trabajo, si bien, sirva recordar que teniendo en cuenta que la Administración se libera de la asunción de todos los riesgos inherentes o asociados a los activos (como el diseño, la construcción, la operación o el valor residual) que corresponderán al sujeto privado como proveedor del servicio, todos los riesgos del proyecto se asignan inicialmente a éste, y corresponde al Estado decidir qué riesgos, de acuerdo con las exigencias del *value for money* deberá retener él en aras de la eficiencia (efecto *take-back*).

La asignación de riesgos en un esquema de colaboración se articula a través de dos aspectos principales: la capacidad de las partes para asumir el riesgo y el grado en que cada una puede controlar o influir en el objetivo que se ve bajo riesgo, debiendo asignarse, de acuerdo al ya analizado “principio Abrahamson”, a la parte que más control ejerza sobre él y que pueda gestionarlo con un menor coste. Deben, por tanto, quedar en manos privadas únicamente aquellos riesgos respecto de los cuales está más capacitado o en

---

<sup>389</sup> Una interesante aplicación del análisis de costes a los procesos de evaluación de las ofertas en el CCSPSP puede encontrarse en Huerta Barajas (2008).

<sup>390</sup> Artículo 120 b) referente al clausulado del contrato establece como un elemento a incluir en el mismo: “*las condiciones de reparto de riesgos entre la Administración y el contratista, desglosando y precisando la imputación de los riesgos derivados de la variación de los costes de las prestaciones y la imputación de los riesgos de disponibilidad o de demanda de dichas prestaciones*”.

mejor posición para manejarlos adecuadamente considerando que un mayor traslado de riesgos o el de aquéllos que el privado no maneje eficientemente supondrá el cargo por éste de una prima de riesgo más elevada, que incrementará el coste final del servicio a pagar por el Estado y amenazará el objetivo de eficiencia del proyecto.

Pues bien, teniendo en cuenta que la reciente experiencia española en la implantación de proyectos complejos para la dotación de infraestructuras ha mostrado un tratamiento del riesgo profundamente limitado e insuficiente, enfocado exclusivamente al cumplimiento de los requerimientos establecidos por Eurostat para la no consolidación de la inversión en las cuentas públicas como hemos visto anteriormente, está por ver si la previsión legal se materializa en una asignación eficiente de los riesgos en la que la obtención del *value for money* encuentre su razón de ser o, por el contrario, volveremos a ser testigos de procesos de maquillaje contable para eludir las restricciones presupuestarias.

Una vez más, la incertidumbre sobre la efectividad práctica de la previsión legal nos obliga a mantener nuestras reservas sobre la positiva relación de este contrato con la genuina concepción de la colaboración público-privada y sus principios fundamentales.

#### **E. La selección del socio privado: el procedimiento del diálogo competitivo.**

Caso bien distinto es el del procedimiento de diálogo competitivo para la selección del sujeto privado introducido en la LCSP como transposición de la Directiva 2004/18/CE que preveía dicho procedimiento para la adjudicación de los contratos particularmente complejos<sup>391</sup>. El objetivo de su introducción es el de permitir que las partes interesadas dispongan de un procedimiento

---

<sup>391</sup> El artículo 29 de la Directiva 2004/18/CE establece: "1. *el caso de contratos particularmente complejos, los Estados miembros podrán estipular que cuando el poder adjudicador considere que el uso de los procedimientos abierto o restringido no permite la adjudicación del contrato, dicho poder adjudicador pueda hacer uso del diálogo competitivo de conformidad con el presente artículo*".

particularmente adaptado a la adjudicación de contratos calificados de contratos públicos durante la puesta en marcha de una colaboración de tipo puramente contractual. En esta ocasión, lejos de adoptarse una mera declaración formal acerca de la necesidad de atender a un procedimiento de selección adaptado a la complejidad intrínseca de estas relaciones, el legislador español, siguiendo la pauta comunitaria, incorpora de forma detallada y completa un modelo selectivo ya ampliamente consolidado en la práctica administrativa de otros países.

El diálogo competitivo consiste en el establecimiento de un procedimiento flexible que, preservando la competencia entre operadores económicos, atienda la necesidad de las autoridades contratantes de fijar de forma negociada todos los aspectos del contrato con cada candidato<sup>392</sup>. La finalidad fundamental, por tanto, es determinar y definir las necesidades del órgano de contratación así como los medios adecuados para satisfacerlas a través de un diálogo con los candidatos seleccionados, previa solicitud de los mismos, para desarrollar una o varias soluciones que servirán de base para que los candidatos elegidos presenten una oferta.

Para ello, la LCSP detalla un procedimiento flexible en su contenido, aunque estructurado en su desarrollo, orientado finalmente a la identificación

---

<sup>392</sup> El artículo 163.1. de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público establece: “*en el diálogo competitivo, el órgano de contratación dirige un diálogo con los candidatos seleccionados, previa solicitud de los mismos, a fin de desarrollar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer sus necesidades y que servirán de base para que los candidatos elegidos presenten una oferta. 2. Los órganos de contratación podrán establecer primas o compensaciones para los participantes en el diálogo*”.

Por su parte el artículo 164. regula los supuestos de aplicación: 1. “*El diálogo competitivo podrá utilizarse en el caso de contratos particularmente complejos, cuando el órgano de contratación considere que el uso del procedimiento abierto o el del restringido no permite una adecuada adjudicación del contrato. 2. A estos efectos, se considerará que un contrato es particularmente complejo cuando el órgano de contratación no se encuentre objetivamente capacitado para definir, con arreglo a las letras b, c o d del apartado 3 del artículo 101, los medios técnicos aptos para satisfacer sus necesidades u objetivos, o para determinar la cobertura jurídica o financiera de un proyecto. 3. Los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado a que se refiere el artículo 11 se adjudicarán por este procedimiento, sin perjuicio de que pueda seguirse el procedimiento negociado con publicidad en el caso previsto en el artículo 154.a.*”

de la oferta económicamente más ventajosa sobre la base de los criterios de adjudicación determinados (artículo 167.2 de la LCSP). En tal sentido se contempla un proceso multifases que se inicia con la previa publicación de la licitación, la solicitud de participación por los licitantes y la invitación al diálogo con la Administración concedente a aquellos que resulten seleccionados, acercándose al procedimiento multi-fase previsto por Murray (1998)<sup>393</sup>.

Abierto el Dialogo, las autoridades podrán discutir individualmente con los candidatos todos los aspectos concernientes al contrato, no sólo los de carácter técnico sino también los económicos o legales, sobre la base de las

---

<sup>393</sup> El artículo 166 LCSP establece el Diálogo con los candidatos: *1. El órgano de contratación desarrollará, con los candidatos seleccionados, un diálogo cuyo fin será determinar y definir los medios adecuados para satisfacer sus necesidades. En el transcurso de este diálogo, podrán debatirse todos los aspectos del contrato con los candidatos seleccionados. 2. Durante el diálogo, el órgano de contratación dará un trato igual a todos los licitadores y, en particular, no facilitará, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto al resto. El órgano de contratación no podrá revelar a los demás participantes las soluciones propuestas por un participante u otros datos confidenciales que éste les comunique sin previo acuerdo de éste. 3. El procedimiento podrá articularse en fases sucesivas, a fin de reducir progresivamente el número de soluciones a examinar durante la fase de diálogo mediante la aplicación de los criterios indicados en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo, indicándose en éstos si se va a hacer uso de esta posibilidad. El número de soluciones que se examinen en la fase final deberá ser lo suficientemente amplio como para garantizar una competencia efectiva entre ellas, siempre que se hayan presentado un número suficiente de soluciones o de candidatos adecuados. 4. El órgano de contratación proseguirá el diálogo hasta que se encuentre en condiciones de determinar, después de compararlas, si es preciso, las soluciones que puedan responder a sus necesidades. Tras declarar cerrado el diálogo e informar de ello a todos los participantes, el órgano de contratación les invitará a que presenten su oferta final, basada en la solución o soluciones presentadas y especificadas durante la fase de diálogo, indicando la fecha límite, la dirección a la que deba enviarse y la lengua o lenguas en que puedan estar redactadas, si se admite alguna otra además del castellano.*

Por su parte el artículo 167 se refiere a la presentación y examen de las ofertas: *1. "Las ofertas deben incluir todos los elementos requeridos y necesarios para la realización del proyecto. El órgano de contratación, podrá solicitar precisiones o aclaraciones sobre las ofertas presentadas, ajustes en las mismas o información complementaria relativa a ellas, siempre que ello no suponga una modificación de sus elementos fundamentales que implique una variación que pueda falsear la competencia o tener un efecto discriminatorio. 2. El órgano de contratación evaluará las ofertas presentadas por los licitadores en función de los criterios de adjudicación establecidos en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo y seleccionará la oferta económicamente más ventajosa. Para esta valoración habrán de tomarse en consideración, necesariamente, varios criterios, sin que sea posible adjudicar el contrato únicamente basándose en el precio ofertado. 3. El órgano de contratación podrá requerir al licitador cuya oferta se considere más ventajosa económicamente para que aclare determinados aspectos de la misma o ratifique los compromisos que en ella figuran, siempre que con ello no se modifiquen elementos sustanciales de la oferta o de la licitación, se falsee la competencia, o se produzca un efecto discriminatorio".*

ideas y soluciones aportadas. Superadas las distintas fases sucesivas en que pudiera establecerse el examen de las proposiciones y soluciones, el órgano de contratación declarará cerrado el diálogo e informará de ello a todos los participantes en el mismo, invitándolos a que presenten su oferta final, basada en las soluciones presentadas durante la fase de diálogo y adjudicará a la oferta mas ventajosa<sup>394</sup>.

En todo caso, la conducción del Diálogo por el órgano de contratación deberá estar presidida por los principios de igualdad de trato entre todos los participantes, la prohibición de revelar las soluciones propuestas u otros datos confidenciales sin autorización y la garantía de la competencia con un número de soluciones suficientemente amplio en la fase final del diálogo<sup>395</sup>.

---

<sup>394</sup> Más detalle respecto del contenido y desarrollo del diálogo competitivo en la LCSP puede encontrarse en Chinchilla Marín (2006: 635 y ss).

<sup>395</sup> Sobre las normas de funcionamiento del diálogo la *Carta del Dialogo Competitivo*, firmada en París el 18 Enero de 2007, establece lo siguiente:

1. Desarrollar un procedimiento transparente y respetuoso con la igualdad de trato entre los candidatos.
2. Asegurar que la dirección y la capacidad de decisión están bien definidos de forma que permitan un diálogo responsable, fructífero y sin dilaciones excesivas.
3. Precisar las reglas del juego para el desarrollo del diálogo competitivo, de manera que se permita a los candidatos controlar los objetivos de su participación en el diálogo con una transparencia suficiente.
4. Sobre la base de las especificaciones funcionales y/o elementos del proyecto, precisar los temas sobre los que, a través del diálogo competitivo, la persona pública espera, prioritariamente, las aportaciones de los candidatos.
5. Redactar el programa funcional en términos de resultados a alcanzar y exigencias a respetar, precisando los elementos que pueden ser o no modificados, en el curso del diálogo competitivo.
6. Velar por un reparto equitativo y optimizado de los riesgos entre la persona pública y el privado, en función de su capacidad respectiva a la hora de cubrirlos y definir por adelantado las modalidades de adaptación del contrato.
7. Respetar la confidencialidad de las proposiciones y del diálogo, así como la propiedad intelectual y el saber hacer en todas sus formas, incluidas las innovaciones financieras o contractuales.
8. Interrumpir las discusiones inútiles y costosas con los candidatos cuando su solución no parezca muy susceptible de ser considerada en la fase final.
9. Indemnizar, en la medida de lo posible, a los candidatos no seleccionados, en función de su contribución al diálogo competitivo.

El establecimiento del procedimiento conducente a la elección del socio privado en una relación contractual de corte colaborativo es una cuestión, como ya advertimos en capítulos anteriores, extremadamente delicada y en la que la doctrina especializada no es, es absoluto, unánime. Por un lado, la elección del sistema más adecuado vendrá determinada de forma decisiva por la relación de colaboración a largo plazo que unirá a las partes de manera peculiar durante la vida del contrato. La relevancia que adquieren las características personales de las partes en esta clase de relación -su experiencia y capacidad para establecer vínculos de cooperación estables sobre la base de la mutua confianza- será capital en orden a la selección de los socios y la negociación del marco fundamental de la relación (Klein, 1998:2; Kerf, Gray, Irwin, Levesque y Taylor, 1998: 108).

Ello motiva la necesidad de un tratamiento diferenciado respecto de los procesos de selección tradicionales que no se dirigen a una propuesta de tipo relacional y que, por tanto, no deben atender a aspectos eminentemente personales de los licitantes. Asimismo se busca la primacía de mecanismos de negociación flexibles que permitan la articulación común de necesidades públicas complejas así como las vías para su satisfacción con las implicaciones que una relación comercial de tal índole conlleva.

Por otro lado, hemos de ser conscientes de la relevancia que para la transparencia y eficiencia en un contrato público tienen, sin duda, los procesos de licitación y adjudicación mediante un procedimiento competitivo que introduzca de forma abierta e igualitaria los beneficios de la competencia “*ex ante*” contribuyendo a la reducción de costes, incremento de la calidad y la innovación por los licitantes en los casos de monopolio natural en los que no cabe el mercado competitivo tal y como demostró Demsetz (1968).

Pues bien, la generalización de técnicas como el dialogo competitivo para presidir la conducción de los procesos competitivos de selección de

---

10. La invitación a enviar las ofertas finales no debe constituir una nueva consulta ni una negociación.



sujetos privados colaboradores con el sector público responden, a nuestro juicio, al deseable equilibrio entre negociación y competencia, entre flexibilidad y transparencia. Se consigue así que, a través de una propuesta procedimental abierta a la libre concurrencia y cuya solución se fundamenta en la adjudicación más ventajosa de acuerdo a criterios objetivos, se dote al proceso de selección de la necesaria flexibilidad para delimitar de forma consensuada las necesidades públicas y los medios para su satisfacción apreciando y haciendo justo uso de las capacidades individuales de los licitadores.

Asimismo, la fórmula del diálogo competitivo sirve de cauce para la introducción de la iniciativa privada en el ámbito de la planificación de las infraestructuras, tradicionalmente reservada a los poderes públicos (Cruz Ferrer, 1999: 530, 531), haciendo partícipe al sector privado de las necesidades públicas y, a su vez, permitiendo detectar oportunidades provenientes del ámbito privado y que no han sido previstas por el sector público.

Cosa distinta, al margen de nuestra inicial predisposición hacía este tipo de procedimientos dialogados, es su puesta en funcionamiento en una práctica administrativa como la española que carece de experiencia en la cultura concertada en el ámbito contractual más allá del conocido procedimiento negociado que tiene más que ver con una adjudicación directa que con un proceso de negociación. En este sentido, habrá que esperar el necesario periodo de maduración para poder evaluar los resultados de su implementación.

Debe recordarse, en cualquier caso, que estas fórmulas negociadas pueden verse como contrarias al propio sentido de la competitividad y, en su opinión, contribuirían a desvirtuar los parámetros de competencia y transparencia propios de la exigencia contractual y apuestan por poner en

práctica las reglas propias de los procedimientos de contratación de obras o suministros, a través de licitación competitiva<sup>396</sup>.

A nuestro entender, sin embargo, el diálogo competitivo representa una fórmula equidistante entre los sistemas de selección competitivos y los procedimientos de negociación directa precisamente por proponer la flexibilidad de la negociación en un contexto competitivo con plenas garantías de concurrencia e igualdad. En tal sentido no compartimos las reservas sobre la ausencia de competitividad en este sistema en tanto que tales apreciaciones serían, en todo caso, predicables de los procesos de negociación directa que se han implantado en numerosos países como ya señalamos en la primera parte de este trabajo. De cualquier forma, la perspectiva acerca de la mejor manera de licitar concesiones continúa abierta al debate (Kerf, Gray, Irwin, Levesque y Taylor, 1998: 109-112).

En conclusión, el nuevo contexto legal planteado con la promulgación de la LCSP, aún habiendo incorporado un tratamiento específico de la colaboración a través de un nuevo contrato típico, el de colaboración entre el sector público y privado, arroja no pocas incertidumbres sobre su eficacia. Si bien es verdad que apunta la integración de la racionalidad colaborativa en la normativa contractual a través de algunos elementos esenciales como la evaluación previa del *value for money* o la implantación del diálogo competitivo, está por ver si su desarrollo práctico induce a una nueva filosofía colaborativa o se queda en meros artificios formales. Máxime cuando la elección de un régimen jurídico bajo el principio de absorción, que lo reconduce finalmente a alguno de los restantes contratos típico, no parece invitar a que dicha práctica se aleje de los parámetros habituales de la contratación tradicional.

Si algo ha quedado claro a lo largo de este trabajo es que la colaboración va mucho más allá de la simple financiación privada de

---

<sup>396</sup> Una postura escéptica sobre la idoneidad de recurrir necesariamente al procedimiento de diálogo competitivo en el CCSPSP es sostenida por González García (2006: 28).

infraestructuras y, por ello, la yuxtaposición del CCSPSP al marco concesional ya existente representado por los contratos de concesión de obra pública y gestión de servicios públicos debe servir precisamente para clarificar tal separación conceptual, reservando estos últimos contratos para los proyectos de construcción, financiación y operación de infraestructuras y proyectando el CCSPSP para aquellas necesidades más complejas que demanden una estructura relacional nueva y flexible.

Pero ¿Cuál va a ser tal proyección? ¿Qué aspectos deben incorporarse o mejorarse en el contexto regulatorio español para que la colaboración alcance realmente las potencialidades que apuntan su naturaleza y la práctica consolidada de otros países? Seguidamente nos aproximaremos a estas cuestiones en busca de una respuesta.

## **II. LOS DESAFÍOS PARA LA REGULACIÓN DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN ESPAÑA.**

En el apartado anterior hemos explorado las expectativas creadas por el nuevo CCSPSP como instrumento de regulación de la actividad de provisión de infraestructuras en España desde la óptica de los fundamentos esenciales de la colaboración público-privada en su concepción original y, al mismo tiempo, han quedado igualmente patentes las incertidumbres que se ciernen sobre la implementación práctica de dicha tipología contractual y, en particular, los riesgos que amenazan la futura existencia de una regulación de corte colaborativo en nuestro ordenamiento.

A la luz de lo anterior y, teniendo en cuenta la reciente experiencia española en el desarrollo de esquemas *PPP*, procede una reflexión sobre los aspectos y medidas que, a nuestro juicio, deben atenderse en orden a la superación de tales riesgos y la consolidación de una regulación de la colaboración en España más eficiente y fiel a sus principios originarios. En tal sentido, cuatro son los cambios fundamentales que deben abordarse por los poderes públicos a este respecto, relativos al marco regulatorio, la

especialización de la Administración, la perspectiva de la gobernanza y la estrategia promocional frente a los ciudadanos (Allard y Trabant, 2008: 8)<sup>397</sup>. Veamos su contenido en detalle.

## 1. LA NECESIDAD DE UN MARCO REGULATORIO ADECUADO.

La necesidad en España de un marco regulatorio específico y claro para el sector de las infraestructuras ha sido una prioridad puesta de manifiesto por la doctrina años atrás (Cruz Ferrer, 1999: 529). Un marco regulatorio que supere la rigidez y formalismo de la actual normativa de contratos y sus procedimientos para encontrar nuevas formas que permitan hacer viables fórmulas de colaboración público-privada, agilizar los procedimientos de planificación y ejecución de las dotaciones y servicios con las consiguientes ganancias en eficiencia, innovación y ahorro (Cruz Ferrer, 1999: 530). Asimismo se pretende un contexto legal estable que procure la imprescindible seguridad jurídica a los potenciales colaboradores privados e institucionales e introduzca las necesarias garantías respecto de las obligaciones de interés general o de servicio público.

La propuesta de la LCSP a través de la tipificación de la técnica colaborativa a través del CCSPSP ya ha sido suficientemente valorada en este trabajo, si bien, no será excesivo recordar de forma sucinta las mejoras más relevantes que, a nuestro entender, deben operarse en ella:

a) Respecto de la concepción misma del marco regulatorio y su técnica legal, la consideración de la colaboración como una técnica de contratación en lugar de la opción elegida por el legislador español al catalogarla como un tipo contractual nominado, el CCSPSP, además de corregir una confusión conceptual fundamental contribuirá a simplificar y

---

<sup>397</sup> No obstante, debe puntualizarse que la opinión de los autores respecto del marco legal es favorable, al contrario de la nuestra, y así lo reflejan al señalar que la necesaria consecución de un marco regulatorio específico y transparente en España “no alcanza a las leyes, las cuales son suficientemente adecuadas” (Allard y Trabant, 2008: 8).

racionalizar el escenario contractual evitando indeseadas superposiciones de figuras contractuales y, en definitiva, problemas de aplicabilidad.

El encaje en cualquier Ley de contratación administrativa de la colaboración público-privada como una fórmula de contratación alternativa a la tradicional se hace extremadamente difícil. No obstante, con la actual estructura de la LCSP quizá su inclusión en el Libro III Título II “Racionalización Técnica de la Contratación” hubiera sido, al menos, una solución menos desafortunada que su tratamiento como contrato típico, no obstante, debemos recordar que el Libro III se refiere a “la selección del contratista y la adjudicación de los contratos” y a tal contexto de circunscriben los sistemas de racionalización propuestos por el legislador y, en cambio, la colaboración público-privada sería una técnica relacional, esto es, afectaría a toda la relación entre la administración y los socios privados abarcando también las fases de preparación del contrato y su ejecución.

En cualquier caso, su concepción como “técnica de racionalización”, aún refiriéndose únicamente a una parte del proceso de contratación, sería más aceptable, a nuestro entender, que su actual consideración como contrato nominado.

b) En cuanto al contenido regulatorio incluido en la LCSP, resulta esencial una aproximación más clara y precisa a los conceptos fundamentales que definen la colaboración público-privada teniendo en cuenta que, en algunos casos, se trata de la traducción de términos procedentes de la tradición angloamericana. La imprecisión que exhibe la Ley respecto de la definición de conceptos como el *value for money*, no solamente dificultan su aplicación práctica sino que impiden una adecuada comprensión de una fórmula novedosa en nuestro país como la colaboración público-privada por parte de las autoridades públicas que eventualmente pretendan utilizarla, así como su traslado a la opinión pública.

c) Respecto de una de las características esenciales de la colaboración público-privada como es el carácter relacional del contrato, además de la potenciación del procedimiento de diálogo competitivo para la selección del socio privado en función de tal condición de la relación, se adivina especialmente importante la introducción de mecanismos que para asegurar la lealtad entre las partes como base de las relaciones y su conducción a través de reglas y procedimientos de probidad.

Como hemos visto anteriormente, este elemento crucial marca el sustrato esencial de la colaboración público-privada como estrategia de regulación, no solamente porque contribuye decisivamente que el esquema propuesto alcance la denominada “ventaja colaborativa”, sino porque asimismo actúa como mecanismo de protección contra las eventuales conductas oportunistas de las partes propias del carácter *relacional o incompleto* de este tipo de contratos.

Por ello, la introducción de medidas que fomenten la confianza mutua entre las partes, la probidad en la conducción de sus acciones e incluso la prevención de los conflictos y su eventual solución negociada resultará imprescindible en tanto se pretenda continuar con un compromiso de futuras relaciones a largo plazo entre ellas y, consecuentemente, reducir la posibilidad de oportunismo.

d) La utilización del *Public Sector Comparator (PSC)* o la adaptación de un instrumento similar cuya finalidad es la homogeneización de los escenarios de costes entre proyectos con financiación pública y privada mediante la eliminación de las incidencias que sobre éstos produce la evaluación del traslado de riesgos, se hace imprescindible para asegurar una comparación fiel en términos de coste entre las distintas fórmulas de provisión de manera que la adopción de *PPP* quede avalada por su contribución a una mayor eficiencia. En el entorno de la Unión Europea países como Holanda o Reino Unido ejemplifican la utilización de sistemas de evaluación de costes para afrontar análisis comparativos entre

diferentes opciones contractuales, en particular, la adopción de esquemas *PPP* frente a las alternativas contractuales tradicionales, y que se asientan sobre la elección de aquella solución que ofrezca un mayor *value for money*.

e) Respecto a los riesgos asociados a cada proyecto y teniendo en cuenta que la reciente experiencia española en la implantación de proyectos complejos para la dotación de infraestructuras el tratamiento del riesgo se ha enfocado exclusivamente al cumplimiento de los requerimientos establecidos por Eurostat para la no consolidación de la inversión en las cuentas públicas, resultaría necesaria una mayor concreción práctica de la previsión legal sobre su adecuado reparto entre las partes. En ese sentido nos parece esencial la exigencia, como complemento al documento de evaluación previa a desarrollar por la Administración, de una matriz de riesgos detallada que asegure su adecuada identificación como requisito previo al diseño de una estrategia de reparto eficiente que garantice la rentabilidad de la inversión pública y evite procesos de maquillaje contable para eludir las restricciones presupuestarias

## 2. LA ESPECIALIZACIÓN DE LAS AUTORIDADES PÚBLICAS.

El segundo aspecto a considerar en el futuro desarrollo de la colaboración público-privada en España es el relativo a la especialización de las autoridades públicas encargadas de las políticas prestacionales y, consecuentemente, competentes en la implantación de fórmulas colaborativas. En primer término, la creación de una unidad especializada en *PPP* a nivel nacional para coordinar y supervisar los proyectos, asegurando su excelencia y adecuado traslado al ciudadano, a imagen de las que existen en otros países como Reino Unido u Holanda, debe ser una prioridad a medio plazo, y que, a su vez, sirva de interlocutora con el Centro Europeo Experto en

Colaboración Público-Privada (EPEC) a los efectos de la necesaria coordinación y apoyo entre los países miembros de la Unión Europea.<sup>398</sup>.

En la actualidad no existe en España una unidad específica de *PPP* en el sector público estatal, siendo uno de los pocos casos entre todos los países de la UE (Allard y Trabant, 2008: 8). Las limitaciones para el adecuado desarrollo de la colaboración derivadas de esta circunstancia son evidentes: por un lado, la Administración carece de modelos estandarizados de contratos aplicables a un esquema de colaboración, así como guías de buenas prácticas que auxilien a los distintos participantes en la consecución del objetivo común de la forma más eficiente y respetuosa con los principios y valores aplicables a la filosofía colaborativa. Asimismo se pone de manifiesto la ausencia de un registro oficial de proyectos de *PPP*, que permita el acceso público a toda la información relevante al respecto, así como su seguimiento por las propias autoridades y participantes en orden a la transparencia en su

---

<sup>398</sup> En el Reino Unido *Partnerships UK (PUK)* es un ejemplo de este tipo de unidades especializadas. Fue creada en el año 2000 para suceder al *Treasury Taskforce* en la función de apoyo y asesoramiento centralizado, dejando a éste último concentrarse en el desarrollo de las políticas de *PFI*. De esta forma se constituye una unidad separada con la especialización necesaria para asistir a las autoridades contratantes en su actividad. La misión específica de *PUK* respecto del sector público se concreta, por tanto, en “asistir y potenciar la provisión de infraestructuras, servicios público de calidad y una mayor eficiencia en el uso de los activos públicos mediante una mejor y más fuerte colaboración entre el sector público y el sector privado”. Además de esta función de apoyo al desarrollo de la colaboración, *PUK* se configura en sí mismo como un esquema de *PPP*, contando con la participación del sector privado en su propio capital, del que posee el 51%, en colaboración con HM Treasury y The Scottish Office que aportan el resto del capital. Se compone de una plantilla de unos 50 profesionales, y con más de 600 proyectos a su cargo, la mayoría de los cuales han llegado a su fase operacional, *PUK* se ha asumido un papel clave en el desarrollo de proyectos a nivel operacional. Precisamente en el seno de *PUK* se creó una unidad operacional que actúa en nombre del HM Treasury como fuente de asesoramiento, ayuda y guía en proyectos *PPP*, mediante su colaboración en las estrategias de contratación y gestión y, en general, cualesquiera cuestiones relacionadas con el desarrollo de la *PFI*.

En Holanda, los principales proyectos de *PPP* desarrollados en el seno del Ministerio de Transportes se han llevado a cabo bajo la supervisión de una entidad de asesoramiento en *PPP* (*Knowledge Pool*), establecida en septiembre de 2006. La finalidad de esta unidad especializada es la consolidación, el desarrollo y la divulgación del conocimiento y la experiencia en cuestiones financieras, legales y contractuales en esquemas de *PPP* en el área del Ministerio. Su objetivo es facilitar apoyo a los participantes clave en un *PPP* mediante el desarrollo de una serie de exitosos proyectos piloto que brinden la base técnica y la experiencia necesarias para extender una política fiable y peregrina sobre *PPP* en relación con los servicios e infraestructuras de transporte



implementación y la garantía de un correcto desarrollo a lo largo de su plazo de vigencia.

Finalmente, otro aspecto esencial en relación con la especialización de las autoridades públicas tiene que ver con la capacidad de las instancias contratantes para llevar a cabo la evaluación previa, y eventualmente la utilización y manejo de mecanismos como el *PSC*, prevista como requisito esencial en las actuaciones preparatorias del CCSPSP.

Habitualmente las unidades especializadas en *PPP* implantadas a nivel nacional en la mayoría de países no asumen directamente la puesta en práctica de los proyectos, pero sí procuran asistencia legal, técnica y directiva a los órganos competentes en los diferentes administraciones públicas con responsabilidades en la provisión de bienes y servicios públicos para la efectiva implementación de fórmulas de colaboración. En tal sentido, dichas unidades resultan una valiosa fuente de apoyo y asesoramiento para las autoridades competentes en la contratación para la mejora de sus capacidades en el desarrollo de proyectos de *PPP*, especialmente en aquellos casos de especial complejidad del mismo o inexperiencia del órgano encargado de su licitación.

Como ha señalado Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa UNECE (2008: 23) al establecer los principios básicos de gobernanza pública para el desarrollo de *PPP* “los gobiernos y administraciones públicas, como responsables de las políticas que deben ser implementadas, necesitan incrementar sus capacidades en un proceso múltiple que incluya la formación técnica, el establecimiento de nuevas instituciones y el adecuado entrenamiento de los funcionarios públicos así como el apoyo de expertos independientes”<sup>399</sup>.

---

<sup>399</sup> Principio 2 de la Buena Gobernanza en *PPP “Capacidades, Instituciones y Formación”* (UNECE, 2008: 23).

En este mismo sentido la Comisión Europea señala en su Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social europeo y el Comité de las Regiones de 19 de noviembre de 2009 sobre desarrollo de la colaboración público-privada (CPP), que “se requiere un conjunto de cualificaciones específicas en el sector público, en materia de preparación, conclusión y gestión de contratos. La gama de disposiciones financieras complejas necesarias para la colaboración público-privada y la relativa falta de experiencia en tales materias puede limitar la capacidad del sector público para presentar buenos proyectos de CPP. En consecuencia, hay que facilitar formación y asistencia a fin de acumular los conocimientos necesarios para la buena preparación de proyectos de colaboración público-privada”<sup>400</sup>.

En España se hace imprescindible el refuerzo técnico de los órganos administrativos que, cada vez de forma más generalizada, recurren a las fórmulas de base colaborativa, para dotarles de las capacidades necesarias en los procesos de planificación y decisión así como en la conducción del procedimiento competitivo de selección bajo parámetros negociales. Una especialización que ya se reclamaba por la doctrina para afrontar dignamente la tramitación y el análisis técnico de proyectos concesionales (Ruíz Ojeda, 2002: 174).

Especialmente delicada será la composición del comité de expertos que deberá efectuar la evaluación previa del CCSPSP teniendo en cuenta la ausencia de expertos en la materia en el ámbito público. Por ello, la existencia de unidades especializadas, tanto a nivel estatal como autonómico, parece esencial en orden a la provisión de personas capaces de desarrollar labores de apoyo en los procesos de toma de decisiones. En este sentido, la experiencia de países como Holanda o Reino Unido, como expresión más avanzada en la promoción y desarrollo de *PPP* en el entorno europeo, han

---

<sup>400</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social europeo y el Comité de las Regiones COM (2009) 615 de 19 de noviembre de 2009 sobre Movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada (CPP).

demostrado la importancia de una adecuada preparación de las autoridades contratantes, no únicamente en el proceso de toma de decisiones previo a la adopción de esquemas de *PPP*, sino también en la adecuada planificación y control del procedimiento de selección mediante la precisa definición de sus objetivos, la observancia de una estricta confidencialidad y la aplicación de criterios objetivos de adjudicación (UNECE, 2008: 49-52).

Igualmente reveladora resulta la experiencia de Estados Unidos respecto de la capacidad técnica de las autoridades públicas para afrontar los procesos de planificación e implementación de *PPP* con absolutas garantías. A diferencia de los ejemplos europeos anteriormente citados, en Estados Unidos no existe una unidad central especializada en *PPP* ni unos parámetros únicos de actuación de carácter general para la conducción de los procesos de colaboración.

A nivel federal la regulación que habilita a las autoridades públicas a implementar esquemas *PPP* se establece de forma individual para cada agencia, de manera que su contenido es diferente en función del sector y características de la infraestructura. En el plano estatal, sin embargo, la regulación se desarrolla particularmente para cada Estado. En todo caso, a todos los niveles competenciales se asegura el cumplimiento de libre concurrencia y transparencia del proceso.

En ambos casos, el proceso de evaluación y selección de un proyecto *PPP* se articula a través de una sucesión de controles, bien internos del propio órgano o agencia bien independientes mediante comités o paneles de expertos, aunque también con representación de los propios órganos o agencias públicas, que aseguren un análisis caso por caso de las posibilidades de aplicación de esquemas *PPP* y, particularmente, de su concordancia con las necesidades especificadas en el correspondiente programa o plan de actuaciones, así como la aportación de valor añadido en términos de eficiencia en el coste y plazo respecto de la provisión pública directa.

\*\*\*\*\*

Como ejemplo de habilitación individual para implementación de *PPP* podemos situar el programa de desarrollo de instalaciones militares desarrollada por el *U.S. Department of Defense* bajo regulación de la *National Defense Authorization Act for Fiscal Year 1996 (Public Law 104-106)* adoptada por el Congreso de los Estados Unidos, en cuyo procedimiento se prevé una fase previa a la contratación (*pre-procurement*) que un análisis caso por caso de las posibilidades de aplicación de esquemas *PPP* y, particularmente, la posibilidad de desarrollar un único proyecto de colaboración que englobe la actuación integral de un territorio o múltiples proyectos para áreas individualmente consideradas. Posteriormente se establece una fase de evaluación de la licitación (*Tender Evaluation Plan*) llevada a cabo por un comité independiente de analistas para evaluar cada proyecto en particular. La aplicación de los criterios de evaluación y el resultado final de cada análisis son finalmente documentados para su consulta y seguimiento públicos en orden a la comprobación de su objetividad y rigor.

En el ámbito estatal puede tomarse como ejemplo el programa de actuación de la autoridad de transportes del Estado de Virginia (*Virginia Department of Transportation*) regulado por *The State of Virginia's Public-Private Transportation Act* de 1995 como marco de habilitación para la implementación de esquemas de colaboración con el sector privado. En el procedimiento reglado a tales efectos se prevé, en primer lugar, un control de calidad (*Quality Control*) que analiza cada propuesta en orden a la verificación de su pertinente ajuste a las necesidades del programa y la aportación de valor añadido en términos de eficiencia en el coste y plazo respecto de la provisión pública directa. Posteriormente se someten las propuestas a la revisión de un panel de expertos (*Independent Review Panel*) que incorpora miembros del denominado *State Transportation Board* formado por profesionales, académicos y representantes de las instancias afectadas. Por último, el propio *State Transportation Board* analiza las proposiciones a la luz

de los informes y recomendaciones derivados de las evaluaciones anteriores y evacua decisión sobre la viabilidad del proyecto.

\*\*\*\*\*

Del examen del modelo estadounidense en el diseño de los procesos de evaluación puede deducirse igualmente lo esencial de una adecuada arquitectura de instancias de asesoramiento, evaluación y control altamente especializadas en la materia que apoyen técnicamente a los órganos de contratación en la toma de decisiones y el seguimiento de los proyectos así como permitan el acceso a la información y resultados de los mismos. En la Administración española se carece en este momento, con carácter general, de la capacidad técnica y la experiencia para desarrollar una política rigurosa de evaluación, control e información de estrategias de colaboración público-privada por parte de las instancias responsables de asumir las iniciativas de contratación como puede fácilmente constatarse con el simple examen de su estructura organizativa<sup>401</sup>.

Urge, por tanto, el diseño de una estructura administrativa técnicamente especializada que atienda la cobertura de las necesidades públicas en contratación de proyectos complejos y novedosos bajo los auspicios de fórmulas de colaboración ante la amenaza de que se continúe con la promoción de unos esquemas aún ajenos a nuestra práctica administrativa sin la necesaria preparación con los consecuentes riesgos para la efectividad de tales fórmulas y, en ultimo término, para el interés público. También a tal efecto, la existencia de una unidad especializada en *PPP*, a imagen de otros países europeos, resulta ciertamente útil en orden a la elaboración de criterios y Guías de buenas prácticas que ayuden a tal especialización, así como a la

---

<sup>401</sup> Puede decirse, sin temor a equivocarnos, que no existe en toda la estructura de la Administración del Estado ni en ninguna de las Administraciones de las Comunidades Autónomas una sola Dirección o Subdirección General, departamento, servicio o unidad especializada que se dedique en exclusiva al análisis, estudio o implementación de proyectos de *PPP*.

tarea de formación de personal especializado en las distintas administraciones con competencias en materia de contratación.

### 3. LA PERSPECTIVA DE LA GOBERNANZA: LA REFLEXIÓN SOBRE EL NUEVO SIGNIFICADO DEL ESTADO Y DE SUS RELACIONES CON LA SOCIEDAD.

Un tercer elemento de reforma y avance se refiere a la introducción en España de la perspectiva de la gobernanza en la planificación y desarrollo de la colaboración público-privada en orden a la reforma del Estado y su función en la economía en el marco de la definición de nuestro modelo de Estado como democracia participativa (artículos 1, 9.2, 23 y 105 de la Constitución).

El sector público debe aceptar el nuevo papel en la gestión de los intereses comunes que representan los principios de gobernanza tal y como ha puesto de manifiesto instancias internacionales como la UNECE y se ha puesto en práctica en diferentes países como Reino Unido, Estados Unidos o Australia en la implementación de proyectos de *PPP*. Ultimamente se ha detectado en la utilización de la colaboración público-privada una clara tendencia hacia la creación de eficiencia en la gestión pública y la garantía de los intereses generales, marginando, por el contrario, las razones puramente financieras, de manera que el enfoque sobre el valor añadido en términos de eficiencia se impone como referencia para la consecución de mejoras económicas, sociales y medioambientales a través de los *PPP*.

En España, este proceso de introducción de los principios de gobernanza que debe acompañar a la colaboración como estrategia de regulación de las infraestructuras para su completa efectividad está aún por descubrir. Como ya constatamos suficientemente en el capítulo anterior, en nuestro país se ha impuesto una visión oportunista de la colaboración privada como alivio financiero inmediato a las restricciones presupuestarias a la inversión, descartando su contribución a una verdadera redefinición del modelo de

gestión pública y del Estado mismo en su función prestacional (Ruiz Ojeda, 2002: 174; Allard y Trabant, 2008: 8; Míguez Macho, 2008: 167).

Por ello se hace imprescindible, dentro de un proceso más de reforma del sector público, la observancia de aquellos principios y prácticas enunciados por la UNECE a los que hemos hecho referencia a lo largo de este trabajo que, a nuestro juicio, reforzarían el futuro desarrollo de propuestas de colaboración público-privada desde la perspectiva de una buena gobernanza pública al tiempo que acercaría tal desarrollo a la exitosa experiencia de aquellos países pioneros en la utilización de este tipo de regulación. En un afán simplificador nos referiremos a dos de ellos especialmente desatendidos en nuestra práctica:

#### **A. El papel del sector público.**

Desde la perspectiva del Estado como responsable de las estrategias regulatorias debe imponerse paulatinamente una mutación sustancial en su propia identidad y papel en el escenario económico. Aplicando las palabras de Stoker (1998) a las que ya hemos hecho mención anteriormente en este trabajo y que, sin duda, condensan excepcionalmente la filosofía de la gobernanza aplicada a las nuevas formas colaborativas, podríamos decir que el Estado no sólo debe cambiar sus instrumentos, debe cambiar su significado.

En efecto, como nueva forma de gobernanza los *PPP* requieren una redefinición del rol que el sector público desempeña respecto de los bienes y servicios públicos y su prestación. Por parte del Estado debe caminarse hacia una reforma de su actuación en aras de la mayor eficiencia, enfocando su protagonismo sobre la adecuada definición de los objetivos y el aseguramiento del interés público como garantía última. Definitivamente se busca la preferencia de políticas de cooperación y negociación frente a las propuestas tradicionales basadas en la autoridad y la jerarquía, esto es, el papel del Estado debe concebirse en torno al principio de subsidiariedad

como un agente regulador y garante de la provisión de infraestructuras y servicios esenciales en lugar de un agente económico directo y proveedor.

En tal sentido la presencia del Estado resulta fundamental para establecer un ordenamiento jurídico estable que regule los derechos de propiedad y permita el funcionamiento de los mercados, el mantenimiento de la estabilidad macroeconómica, la provisión, que no necesariamente gestión, de infraestructuras y servicios públicos básicos y la protección de los grupos vulnerables y el medio ambiente (Cruz Ferrer, 1999: 510).

En este planteamiento debe tenderse hacia un sector público regulador y garante cuya acción se centre en la definición adecuada de los servicios necesarios y los estándares para su prestación, esto es, los *outputs* o resultados a conseguir en el proceso prestacional, así como el establecimiento de un marco estable de regulación y la protección del interés público, y dejando al sector privado en su conjunto las decisiones concretas de gestión y la necesaria libertad para la introducción de soluciones innovadoras.

#### *Participación del sector privado en la planificación.*

Un primer aspecto que resulta esencial en el nuevo papel que el sector público debe desempeñar en el ámbito de las grandes infraestructuras se refiere a la planificación de las políticas para su desarrollo. La trascendental importancia desde el punto de vista económico, estratégico y de cohesión social y territorial para un país ha determinado que tradicionalmente la responsabilidad de su planificación descansara en manos públicas.

Sin entrar a valorar la tendencia que considera que en una economía global de mercado es discutible la necesidad de planificación (Cruz Ferrer, 1999: 530), sí es cierto que la colaboración del sector privado en dicha función se hace cada vez más necesaria. La introducción de la iniciativa privada en el ámbito de la planificación de las infraestructuras supone aprovechar la eficiencia e innovación propias de la competencia en una fase



crucial del proceso de de dotación de infraestructuras como es la planificación.

Desde un punto de vista político, la elección acerca de qué infraestructuras son más convenientes y el orden de prioridades que debe aplicarse resulta de una extraordinaria importancia (Cruz Ferrer, 1999: 532), de ahí que su enriquecimiento a través de la colaboración del sector privado en su sentido más amplio -empresas y sociedad civil- no debe ignorarse. A través de dicha colaboración se hace partícipe al sector privado de las necesidades públicas, compartiendo para ello la información necesaria sobre el escenario macroeconómico existente y, a su vez, permite detectar oportunidades provenientes del ámbito privado y que no han sido previstas por el sector público (Cruz Ferrer, 1999: 530, 531).

Como se ha indicado anteriormente, este crucial aspecto puede encontrar su cauce a través de la implantación de procedimientos como el diálogo competitivo.

*Política integral e inteligente de infraestructuras.*

Asimismo, esta perspectiva del Estado debe considerarse como parte de una estrategia regulatoria general que responda a políticas públicas coherentes sustentadas en objetivos y principios claros, así como su proyección concreta a través de proyectos realistas y adecuadamente definidos en cuanto a sus metas y mecanismos para alcanzarlas (UNECE, 2008: 18)<sup>402</sup>.

En tal sentido resulta esencial el planteamiento de una política de infraestructuras orientadas al crecimiento económico, la cohesión social y territorial y la creación de empleo, mediante la integración del sector privado en su provisión como medio de optimizar las inversiones públicas. Ello se

---

<sup>402</sup> Principio 1 de la Buena Gobernanza en *PPP "Objetivos, Proyectos y Comunicación"* (UNECE, 2008: 18).

concreta en una doble vertiente: a) la eficacia locativa, situando los recursos de manera que produzcan los bienes en el momento, cantidad y lugar oportunos y b) la eficiencia productiva, imponiendo la producción de dichos bienes al más bajo coste y con el máximo nivel de calidad (OCDE, 1991<sup>403</sup>). Asimismo, la introducción de la experiencia e innovación propias del sector privado contribuirá a lo que se define como una gestión inteligente de las infraestructuras (Aymerich, 1999).

Está clara la ausencia en España de una estrategia regulatoria integral y coherente en tanto que las distintas administraciones públicas han optado por acometer unas u otras soluciones normalmente bajo razones de índole presupuestaria. La implantación de esquemas de colaboración público-privada para la provisión de infraestructuras debe, por el contrario, responder a políticas públicas perfectamente coordinadas y armonizadas entre las distintas instancias competentes a nivel administrativo y territorial (Cruz Ferrer, 1999: 532, 533<sup>404</sup>) e, igualmente, integrarse en un contexto general de fomento y promoción de la colaboración del sector privado en la gestión pública respaldado por los distintos representantes de la vida pública.

Como ya hemos señalado anteriormente en este trabajo, en España el contexto de reformas en la acción administrativa iniciado con la Ley 13/1996, de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, se caracterizó por la flexibilización de los cauces de participación privada en las grandes infraestructuras a través de una regulación más completa de las concesiones de obra pública, sin embargo no ha cristalizado en una

---

<sup>403</sup> Cfr. OCDE (1991): *Urban Infrastructure: finance and Management*, Paris. Expuesto por Ruíz Ojeda, A. *Hacia un Nuevo Entendimiento y Articulación de las Relaciones entre los Factores Implicados en la Provisión y gestión de Infraestructuras*, en Ruíz Ojeda, A. (1997): *La Financiación Privada de Obras Públicas*, Civitas, Madrid.

<sup>404</sup> El autor reclama la "imperiosa necesidad de coordinación administrativa" de acuerdo al mandato constitucional entre los diferentes niveles de Administración con competencias en materia de infraestructuras y apunta algunas iniciativas que solucionen la superposición competencial y aseguren una adecuada coordinación. Problema al que ya hemos aludido a lo largo de este trabajo al abordar la reciente experiencia española en la regulación de infraestructuras, poniendo de manifiesto la proliferación incontrolada de esquemas concesionales para la dotación de infraestructuras por parte de las distintas administraciones públicas, especialmente en los ámbitos autonómico y local.

verdadera estrategia pública de potenciación de la colaboración público-privada en los distintos sectores infraestructurales sino, más bien, una política encaminada a la elusión de las restricciones presupuestarias en el proceso inversor. Ejemplo de ello fue el Plan Estratégico de Infraestructuras de Transporte (PEIT) 2005-2020, desarrollado al amparo de esta reforma y que contempla el recurso a la asociación entre el sector público y el privado únicamente como mecanismo de financiación de las infraestructuras de transporte manteniendo la disciplina presupuestaria.

La falta de un planteamiento conceptualmente más profundo de la colaboración público-privada como modelo de regulación alternativo a los parámetros tradicionales de contratación se ha demostrado, por tanto, en nuestra práctica administrativa más reciente. Sin esa filosofía presente en el ánimo de los poderes públicos la multiplicación de proyectos concesionales con financiación privada en nuestro país, lejos de significar la consolidación de la colaboración como fórmula de acción pública contribuirá, a nuestro juicio, a perseverar en las inconsistencias conceptuales ya conocidas y, finalmente, a un mayor alejamiento entre sus potenciales beneficios y la percepción que de ella tienen los ciudadanos.

*Algunos ejemplos a seguir.*

No obstante lo anterior, también encontramos en España algún ejemplo, aún aislado pero francamente alentador, de utilización de la colaboración público-privada como modelo regulatorio novedoso y alternativo en la concepción del marco relacional que presida la provisión de bienes y servicios públicos y, particularmente, respecto del significado del sector público en su función prestacional. Nos referimos, por ejemplo, a la actuación en materia contractual del Ministerio de Defensa y su apuesta por los esquemas de colaboración en el planteamiento de proyectos complejos para la adquisición de suministros o prestación de servicios de alta tecnología militar.

Como nos recuerda Huerta Baraja (2009: 18) en el ámbito de la Defensa la necesidad de búsqueda de nuevas formas de gestión y financiación viene impuesta, en primer término, por la histórica falta de medios para asumir los grandes programas de inversión. En este sentido, los actuales “programas especiales” bajo el régimen de contratación pública de pago aplazado o “método alemán” tienen prácticamente comprometida la capacidad de adquisición del Ministerio para los próximos veinte años, por lo que se hace preciso arbitrar recursos extraordinarios<sup>405</sup>. Pero la utilidad de otras fórmulas de contratación como podría ser el CCSPSP responden igualmente a razones derivadas de la propia naturaleza de los proyectos de inversión en materia de Defensa, cuyas especiales características no pueden ser atendidas adecuadamente a través de los instrumentos contractuales tradicionales. Así, el autor sintetiza dichas especialidades en las siguientes:

- ☐ Carácter estratégico de las instalaciones militares.
- ☐ Confidencialidad en los resultados de los proyectos de investigación y diseños de uso militar.
- ☐ Incertidumbre de los proyectos desarrollados a largo plazo.
- ☐ Elevado nivel de innovación de las tecnologías empleadas en el ámbito militar y la consiguiente flexibilidad en los proyectos.
- ☐ Alto coste inicial de los proyectos.
- ☐ Dificultad en la atribución de los riesgos al sector privado (mediante contratos tradicionales) (Huerta Baraja, 2009: 18).

Teniendo en cuenta estos rasgos diferenciadores se está explorando la utilización de esquemas de colaboración a través del CCSPSP en aquellos proyectos relacionados con la Defensa cuyo desarrollo en el ámbito internacional ya cuenta con cierta experiencia, como los de mantenimiento e instalación de equipamientos militares, establecimiento de bases militares en el extranjero, integración de cadenas de suministros y soporte de

---

<sup>405</sup> Entre estos programas especiales podemos destacar los aviones EUROFIGHTER y A400 M, el helicóptero TIGRE, el carro de combate LEOPARD y las fragatas F100, entre otros.

operaciones, mantenimiento de almacenes, entrenamiento militar especial mediante simulación y desarrollos inmobiliarios<sup>406</sup>.

Otro ámbito en el que comienza a manifestarse el gran potencial que la colaboración público-privada puede tener en relación con áreas complejas de contratación es el de investigación y desarrollo, de lo que es buena prueba la apuesta decidida que el Plan Nacional de I+D+I 2008-2011 lleva a cabo para la consecución del objetivo de fomento de la colaboración entre ambos sectores, público y privado<sup>407</sup>.

En este sentido, la experiencia de las Iniciativas Tecnológicas Conjuntas (ITC) existentes en la Unión Europea podría orientar los planteamientos para establecer nuevas colaboraciones público-privadas de investigación.

El séptimo Programa Marco de Investigación introdujo un nuevo tipo de colaboración público-privada, las Iniciativas Tecnológicas Conjuntas, para promover la investigación europea en aquellos ámbitos en los que los objetivos perseguidos son de una escala y naturaleza tales que los instrumentos tradicionales resultan insuficientes. Las primeras Iniciativas Tecnológicas Conjuntas se han establecido en cinco ámbitos: medicamentos innovadores, aeronáutica, pilas de combustible e hidrógeno, nanoelectrónica y sistemas informáticos incorporados<sup>408</sup>.

En tres Iniciativas Tecnológicas Conjuntas (medicamentos innovadores, cielo limpio y pilas de combustible e hidrógeno) los recursos públicos consisten exclusivamente en fondos comunitarios facilitados a través del

---

<sup>406</sup> A este respecto, sólo en el Reino Unido se han desarrollado 54 proyectos *PPP* en el ámbito de la Defensa por un importe total de más de 43.000 millones de libras y que abarca desde la construcción de instalaciones para el acuartelamiento, residencia o sedes militares hasta la formación de personal especializado en el lanzamiento de satélites o el sistema de submarinos clase *Astute*, pasando por la construcción y mantenimiento de instalaciones para los sistemas de simulación del avión caza TORNADO y de los helicópteros APACHE, PUMA, CHINOOK y MERLIN MK3 en el marco del programa *Médium Support Helicopter Aircrew Training Facility (MSHATF)*.

<sup>407</sup> Toda la información acerca del Plan puede encontrarse en la página oficial del Ministerio de Ciencia e Innovación (<http://www.micinn.es>) <http://www.plannacionalidi.es>.

<sup>408</sup> Sus presupuestos totales van de 1 000 a 3 000 millones EUR hasta 2017.

presupuesto de la ITC; en otras dos Iniciativas (ARTEMIS y ENIAC) se combinan con fondos de los Estados miembros participantes o de países asociados al séptimo Programa Marco, facilitados a través de agencias nacionales de financiación.

La contribución de los socios privados a los proyectos financiados por las ITC en los que participan consiste en contribuciones «en especie». Tanto los socios públicos como los privados contribuyen a los gastos de funcionamiento (gastos administrativos) de las Iniciativas Tecnológicas Conjuntas.

Estas colaboraciones permiten:

- Desarrollar soluciones comercialmente viables apoyando actividades plurinacionales de investigación a gran escala en ámbitos que revisten especial interés para la competitividad industrial europea.
- Integrar e internalizar objetivos de gran relevancia social, como la promoción de las fuentes alternativas de energía y el uso más eficiente de la energía y los recursos, el apoyo a un transporte más sostenible, la lucha contra el cambio climático y la oferta de una atención sanitaria asequible y de elevada calidad.
- Agrupar y movilizar fondos y conocimientos técnicos (privados, europeos y nacionales) y reducir la fragmentación a que dan lugar los múltiples proyectos nacionales que persiguen objetivos similares o que se solapan.
- Aprovechar las cualificaciones y la innovación del sector privado dentro de unos acuerdos adecuados de distribución de riesgos.

Más reciente, e igualmente esperanzador, es el planteamiento introducido por la Acuerdo de consejo de Ministros que aprueba el Plan de Activación de la Eficiencia Energética en los Edificios de la Administración

General del Estado<sup>409</sup>, con el que se pretende alcanzar el objetivo general de reducción del consumo energético hasta un 20% en 2016 en 330 centros consumidores de energía pertenecientes a la Administración General del Estado. Para la consecución de los objetivos generales del Plan se prevé la colaboración con el sector privado a través de los denominados “contratos de servicios energéticos” consistentes en actuaciones globales e integradas que comprendan cualesquiera iniciativas relativas a suministro energético, gestión energética, mantenimiento de instalaciones consumidoras y ejecución de medidas de ahorro y eficiencia y de aprovechamiento de energías renovables y residuales.

El socio privado, calificado como “empresa de servicios energéticos (ESE)” participará en la licitación de un CCSPSP destinado a la articulación de las actuaciones previstas y cuya mayor novedad es que el precio del contrato que aquél recibirá como contraprestación consistirá, en parte o totalmente, en el ahorro energético obtenido mediante la mejora de la eficiencia energética del edificio.

Esta fórmula de participación privada en los beneficios como contraprestación a un contrato, que podría recordar a la figura de la empresa de economía mixta prevista en nuestra normativa de contratos como modalidad del contrato de gestión de servicios públicos, resulta un pequeño atisbo de lo que podría ser nuevo enfoque de la Administración acerca de la utilidad de la colaboración público-privada, y ello no tanto por la fórmula de retribución en sí misma, sino por el planteamiento de una colaboración para la consecución de un objetivo común para el que es necesario compartir riesgos y beneficios.

No existen intereses contrapuestos sino un objetivo común cuya consecución beneficiará a ambas partes. Así, el interés público y el privado

---

<sup>409</sup> El Acuerdo se publica mediante la Resolución de 14 de febrero de 2010 de la Secretaría de Estado de Energía (BOE de 26 de enero de 2010).

confluyen en un único objetivo compartido, la mayor eficiencia energética, y los esfuerzos y capacidades de ambos sectores público y privado se ponen al servicio de dicha finalidad. Cuanto mayor sea el grado de satisfacción de ese objetivo común, mayor será el beneficio obtenido por ambos: el ahorro energético en los edificios públicos y una mayor contraprestación por los servicios prestados en el contrato.

## **B. La participación de la sociedad.**

Una segunda órbita conceptual en la que considerar la implicación de los principios de gobernanza se refiere a la de la sociedad civil en su conjunto y la de los ciudadanos en particular. Desde este punto de vista debe ponerse el foco de atención sobre la participación de los ciudadanos en los procesos políticos y su toma de conciencia sobre las decisiones públicas a través de la adecuada transparencia y el control social sobre ellas. Como reza el principio quinto de la Guía de la UNECE sobre Gobernanza en los *PPP* “los procesos de *PPP* deben poner al las personas en primer lugar, incrementando la información y la transparencia de los proyectos así como mejorando su calidad de vida, especialmente, la de aquellos social o económicamente desfavorecidos” UNECE, 2008: 59)<sup>410</sup>.

En este sentido, resulta esencial la potenciación de los *Government Non profit Partnerships (GNPs)* como esquema de integración del llamado “tercer sector” –comunidades locales, asociaciones sin ánimo de lucro, organizaciones no gubernamentales, instituciones representativas de la sociedad civil- en las políticas de prestación de bienes y servicios públicos y, en último término, en el proceso democrático. Como se ha visto a lo largo de este trabajo, tal perspectiva resulta fundamental en el desarrollo de la colaboración público-privada, especialmente por su contribución a la legitimidad del modelo frente a la opinión pública.

---

<sup>410</sup> Principio 5 para la buena gobernanza en PPP “Información, responsabilidad y Apoyo” (UNECE, 2008: 59).



Esta perspectiva de la participación como esencia de la gobernanza encuentra su aplicación más inmediata en el ámbito local y, en ese sentido, se hace esencial en la configuración de la colaboración como instrumento de desarrollo o regeneración de comunidades locales, áreas deprimidas o espacios en potencial crecimiento, tal y como la concebía Bailey (2002) entre otros<sup>411</sup>. Los acuerdos de colaboración público-privada incluirán a todos aquellos agentes con implicación en el desarrollo urbano o rural y su regeneración, ya sean las comunidades locales, autoridades locales, departamentos y agencias gubernamentales y el sector privado, con la finalidad última de contribuir a una estrategia a largo plazo conjunta e integral de regeneración de dichas áreas” (The Scottish Office, 1993 ).

\*\*\*\*\*

Un ejemplo lo tenemos en el conocido proyecto del Bosque Chesapeake (*the Chesapeake Forest Project*) de Maryland: *The Chesapeake Bay* es el estuario más extenso de los Estados Unidos, así como la mayor área para la pesca, tanto recreativa como comercial, del Estado de Maryland. La calidad medioambiental de la bahía se vió seriamente amenazada por los vertidos de aguas residuales causados por el incremento poblacional de los núcleos urbanos cercanos y la falta de controles sobre los aprovechamientos agrícolas (fertilizantes y residuos animales). En respuesta a este problema las autoridades responsables en el área asumieron la regeneración de la bahía como una prioridad medioambiental, incluyendo un especial interés por la gestión de la tierra y los humedales. Sin embargo, tanto el Estado como los municipios carecían de los recursos financieros y los medios personales necesarios para afrontar convenientemente esas actuaciones.

---

<sup>411</sup> “La creación de una coalición de intereses entre más de un sector en orden a preparar una estrategia conjunta para la regeneración de un área definida” (Bailey, 2002).

En este escenario, se creó el proyecto *Chesapeake Forest*. Se partía de la existencia de una compañía privada interesada en enajenar terrenos de su propiedad en el Estado de Maryland, ofreciendo al Estado la oportunidad de adquirirlos –más de 58.000 acres extendidos por cinco estados-. Gran parte de estos terrenos eran colindantes con una extensa área forestal propiedad del Estado, lo que brindaba la oportunidad de promover la protección de esta extensa y valiosa área natural frente a la deforestación y el desarrollo urbano. Sin embargo, el Estado carecía de recursos financieros suficientes para la adquisición de los terrenos así como la capacidad técnica y humana para gestionar tamaña extensión una vez adquirida, por no mencionar el impacto en términos económicos y de empleo para la población por la cesación de las actividades comerciales y agrícolas que se desarrollaban en el área. Ante la necesidad de protección medioambiental del área considerada y la gran oportunidad que se ofrecía para llevarla a cabo, y consciente de las limitaciones financieras y materiales existentes, el Estado puso en marcha un proyecto *PPP* en dos fases para adquirir y gestionar los terrenos en el que participaban los siguientes actores:

- El Departamento de Recursos Naturales del Estado de Maryland como agencia pública con la responsabilidad de supervisión de las distintas fases del proyecto.
- Una importante fundación filantrópica dirigida a auspiciar proyectos de interés público, que aporta la financiación necesaria para la adquisición inicial de los terrenos.
- Una asociación sin ánimo de lucro dedicada a la promoción y protección del medio ambiente, encargada del desarrollo de las actuaciones de gestión sostenible del área forestal.
- Una empresa comercial especializada en explotaciones forestales para la gestión y explotación de las áreas incluidas en el proyecto.

En una primera fase el Estado colaboró con los socios sin ánimo de lucro en la colección de los fondos necesarios para la adquisición de los terrenos

así como para el diseño y desarrollo del plan de gestión sostenible que se implementaría en las áreas forestales necesitadas de protección.

En una segunda fase, el Estado estableció un PPP específico para la selección del socio privado que gestionaría la explotación de los terrenos de acuerdo con los estándares medioambientales y de sostenibilidad establecidos en la primera fase y cuyo control, supervisión y seguimiento correspondería al Estado. Como contraprestación, el socio comercial adquiriría el derecho a obtener los aprovechamientos forestales de determinadas partes del área forestal, especialmente los recursos madereros, siempre bajo criterios de sostenibilidad previamente establecidos.

\*\*\*\*\*

En España, como hemos visto, la colaboración con el sector privado en el desarrollo urbano ha tenido cierto protagonismo a través de las concesiones de obra pública para la construcción, financiación y explotación de infraestructuras de transporte, si bien ha carecido de una visión estratégica hacia un objetivo de crecimiento o regeneración de áreas o comunidades en su conjunto que integrara todos los desarrollos infraestructurales o de servicios que fueran necesarios. Un paso aún incipiente, aunque prometedor, hacia esta nueva perspectiva integradora ha sido el proyecto ya comentado de desarrollo de la ciudad de Alcoy que, haciendo uso del nuevo CCSPSP, señala el camino hacia donde deben dirigirse otras iniciativas más ambiciosas para la modernización de áreas urbanas.

Ejemplos de proyectos de colaboración para la regeneración de áreas urbanas son numerosos en diversos países del mundo y en España podrán tener su conexión con la práctica convencional en el ámbito del urbanismo<sup>412</sup>.

En cuanto al medio natural, éste se configura actualmente como el escenario del nuevo mercado medioambiental y/o de ocio, cuyos agentes

---

<sup>412</sup> Para un estudio detallado de la colaboración en el ámbito urbanístico puede verse a Míguez Macho (2008).

principales son: el habitante (proveedor) y el visitante (usuario) (Hernández Ponce y Cabrero Martín, 1999: 394). El papel de la Administración en este medio rural pierde peso en lo que podemos considerar la gestión directa, ciñendo su intervención a la de regulador y facilitador de los medios necesarios para que el mercado funcione, tanto en el ámbito de la producción agraria como en el sector servicios, haciéndolo más atractivo a la iniciativa privada (Hernández Ponce y Cabrero Martín, 1999: 394).

Este papel regulador, sin embargo, es irrenunciable cuanto que el elemento que sustenta la actividad es patrimonio de todos y su utilización por los particulares no es más que usufructuaria. El Estado entonces debe garantizar la preservación del medio natural para las generaciones futuras y establecer las reglas del juego para una utilización razonable, pero renunciando a la participación activa en su explotación, que se ha demostrado manifiestamente ineficiente (Hernández Ponce y Cabrero Martín, 1999: 394, 395).

Se trata, por tanto, de un ámbito propicio para el futuro desarrollo de la colaboración público-privada en España, dotando al medio rural de las infraestructuras y equipamientos necesarios que, por un lado, satisfagan las demandas de sus habitantes y, por otro, permitan y faciliten las actividades económicas implantadas en el área. Como señalan Hernández Ponce y Cabrero Martín (1999: 396 y ss) ello incluiría infraestructuras viarias, hidráulicas y equipamientos en dos grandes áreas: a) la recuperación del patrimonio rural (vías pecuarias, montes de utilidad pública y reforestación de tierras agrarias y actuaciones sobre edificios singulares, y b) infraestructuras típicamente agrarias (concentración parcelaria y regadío).

Un tercer ámbito de desarrollo infraestructural en la esfera local sería el de la gestión de los residuos como actuación derivada de las nuevas funciones del Estado como promotor del medioambiente, tanto en el medio urbano como rural. Surgen así las infraestructuras de tratamiento de residuos en las que Comunidades Autónomas y Municipios están avanzando de forma decidida en

los últimos años a través de actuaciones referidas a residuos urbanos, aguas residuales, residuos industriales, explotación de estaciones de depuación y secado y aprovechamiento de fangos así como recuperación de suelos contaminados (De Andrés y Molina, 1999: 471).

El desarrollo de estas infraestructuras se adivina como un escenario proclive para la aplicación de la colaboración público-privada especialmente desde una perspectiva de acción global e integrada que ampara todas las actuaciones necesarias en una determinada zona rural o área urbana, Para ello se se apunta la necesidad de explorar las posibilidades de explotación que ofrecen los llamados "incentivos en la regulación medioambiental" como compensaciones económicas derivadas de la protección del medio ambiente y que podrían sumarse a otros rendimientos y aprovechamientos para incentivar la presencia de colaboradores para llevar a cabo tales actuaciones.

Sin embargo la dimensión participativa de los grupos de interés en los proyectos de colaboración como contribución al fortalecimiento de la gobernanza local está prácticamente inédita en nuestro país. Se impone pues la profundización en un modelo de gestión pública local entendida como gestión interrelacional o de red (*network management*) (Kickert, Klijn y Koppenjan, 1997: 1-13). La política pública de provisión de infraestructuras y servicios públicos debe enfocarse como un proceso interactivo que tiene lugar en el seno de una red relacional entre sujetos en la cual las administraciones públicas, aún manteniendo, tal y como vimos en McLaughlin y Osborne (2000: 332) un protagonismo imprescindible, dejan de ser la autoridad controladora.

El avance en la consecución de una auténtica gobernanza local multilateral en la que exista una directa influencia de los procesos sociales en una red interrelacional compuesta por otros varios sujetos co-gobernantes con diferentes y, en ocasiones contrapuestos, objetivos e intereses (Kickert y Koppenjan, 1997), pasará por concebir la acción pública prestacional en un contexto más amplio de desarrollo que integre igualmente el crecimiento empresarial y comercial, la creación de empleo, la protección y promoción de

los espacios naturales y el medio ambiente, la regeneración de áreas deprimidas y el aumento de la calidad de vida y los espacios de recreación, la sostenibilidad de las expansiones urbanísticas y, en definitiva, la generación de crecimiento y bienestar.

En cuanto al procedimiento para articular la participación de los distintos grupos de interés en la planificación y desarrollo de los proyectos resulta esencial el establecimiento de un adecuado cauce en la regulación que asegure el cumplimiento de dicho principio, existiendo diferentes modelos para llevarlo a cabo.

En Francia, por ejemplo, los procedimientos formales de consulta y colaboración se incluyen actualmente en las prescripciones técnicas en relación con las actuaciones preparatorias de los proyectos de infraestructuras de transporte y energía. Así, desde 2002 el marco normativo prevé la organización de un debate público con carácter previo a la implantación de un proyecto sobre sus plazos, características y objetivos principales. Bajo esta previsión, la ciudadanía podrá participar en todas las fases del desarrollo del proyecto desde los estudios preliminares sobre su diseño.

Asimismo, debe garantizarse la completa y constante información del público una vez iniciada la construcción de la infraestructura hasta su entrada en servicio, habiéndose creado una autoridad administrativa independiente, la Comisión Nacional para el Debate Público, encargada de supervisar el efectivo cumplimiento de tales obligaciones así como pilotar los procedimientos a seguir a tal efecto<sup>413</sup>.

El sistema descrito se orienta claramente hacia la consecución de la democracia participativa en el ámbito de la provisión infraestructural al tiempo que plantea el reto a las partes intervinientes en un proceso de colaboración

---

<sup>413</sup> En particular, según la escala del proyecto y su impacto global en las distintas áreas, la Comisión decidirá si el debate público se organizará por la propia Comisión, una Comisión especial o por el particular actuando bajo la supervisión de la Comisión.

de abrir un debate sobre las condiciones de la misma. Uno de los requisitos para el éxito del sistema consistirá en conciliar adecuadamente la deseable celebración del debate en las fases más preliminares, incluso antes de iniciarse la licitación (*pre-procurement*), con la necesidad de dotar al mismo de la suficiente evidencia acerca del proyecto de manera que pueda evaluarse y discutirse su futuro coste y sus potenciales beneficios a la luz de la información más completa posible y los datos relevantes sobre el proyecto más actuales. Todo ello con el adecuado equilibrio entre la participación y la representación como formas democráticas alternativas que exige el respecto igualmente a las responsabilidades y potestades propias del Gobierno y la Administración como representantes legítimos (Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) y European Conference of Ministres of Transport (ECMT), 2005)<sup>414</sup>.

En la práctica anglosajona, por el contrario, la introducción de las consideraciones propias de la gobernanza se canaliza a través de la utilización de un concepto específico de interés público (*public interest*) determinable y exigible a través del contrato. En estrecha relación con el concepto de gobernanza, el *public interest* incluye aspectos como la responsabilidad y la transparencia en los proyectos, los derechos de los usuarios, el acceso a las instalaciones, la seguridad y privacidad etc... Como parte de la gestión contractual se establece un procedimiento previo de evaluación de cada proyecto en orden a determinar si se respetan y protegen los parámetros de interés público establecidos.

La regulación española sobre colaboración no afronta de manera específica este extremo. El CCSPSP no contiene previsiones sobre la participación pública en el proceso de actuaciones previas a la celebración del contrato, por lo que debemos entender que dicha participación únicamente se podrá sustanciar a través del periodo de información pública

---

<sup>414</sup> OECD and ECMT, *National Systems of Transport Infrastructure Planning*, Roundtable 128, OECD, Paris 2005.

que se despliega con carácter previo a la aprobación del estudio de viabilidad o el anteproyecto de obras en los contratos de concesión de obras públicas, en caso de que éste fuera finalmente aplicable de acuerdo al principio de absorción<sup>415</sup>.

Ello plantea diversas cuestiones que, a nuestro juicio, pueden poner en riesgo el adecuado establecimiento de cauces de participación en los proyectos. Por un lado, la aplicación del trámite de información pública únicamente a través del contrato de concesión de obra pública o gestión de servicio público con construcción limita claramente el ámbito de influencia de este principio al excluirlo en el resto de contratos de posible utilización. Bien es cierto que en el caso de los proyectos de infraestructuras, articulados habitualmente mediante alguno de los contratos de concesión, tal posibilidad estará asegurada, pero debe tenerse en cuenta que tal situación impedirá el futuro desarrollo de la colaboración público-privada en otros ámbitos de actuación de la Administración como por ejemplo la adquisición de bienes de alta tecnología y los servicios asociados a los mismos cuyo régimen jurídico podría reconducirse finalmente a los contratos de suministro o servicios respectivamente.

---

<sup>415</sup> Artículo 112. *Estudio de viabilidad.* 3. La Administración concedente someterá el estudio de viabilidad a información pública por el plazo de un mes, prorrogable por idéntico plazo en razón de la complejidad del mismo y dará traslado del mismo para informe a los órganos de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y Entidades Locales afectados cuando la obra no figure en el correspondiente planeamiento urbanístico, que deberán emitirlo en el plazo de un mes.

4. *El trámite de información pública previsto en el apartado anterior servirá también para cumplimentar el concerniente al estudio de impacto ambiental, en los casos en que la declaración de impacto ambiental resulte preceptiva.*

Artículo 113. *Anteproyecto de construcción y explotación de la obra.* El anteproyecto se someterá a información pública por el plazo de un mes, prorrogable por idéntico plazo en razón de su complejidad, para que puedan formularse cuantas observaciones se consideren oportunas sobre la ubicación y características de la obra, así como cualquier otra circunstancia referente a su declaración de utilidad pública, y dará traslado de éste para informe a los órganos de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y Entidades Locales afectados. Este trámite de información pública servirá también para cumplimentar el concerniente al estudio de impacto ambiental, en los casos en que la declaración de impacto ambiental resulte preceptiva y no se hubiera efectuado dicho trámite anteriormente por tratarse de un supuesto incluido en el apartado 6 del artículo anterior.



Por otro lado, el recurso a un trámite de información pública previo a la conclusión del estudio de viabilidad o del anteproyecto de obras, que entendemos que se sustanciarán con posterioridad a la preparación del CCSPSP una vez se determine el régimen aplicable de acuerdo a la prestación considerada más relevante, deja huérfanas de toda participación ciudadana las actuaciones previas al CCSPSP en las que se evaluará precisamente la conveniencia de recurrir a un modelo de colaboración y se articulará el contenido del proyecto a través de la negociación.

Asimismo, el trámite de información pública permite únicamente las alegaciones de personas y grupos de interés sobre las condiciones del proyecto, que podrán o no ser tenidas en cuenta, pero, en ningún caso, abre la posibilidad de la participación de aquellos en el propio proyecto como partes colaboradoras. En tal sentido, deben ser los poderes públicos los que fomenten las iniciativas de participación de los grupos y asociaciones voluntarias en los esquemas de colaboración público-privada desde su misma planificación.

En cualquier caso, la complejidad técnica y organizativa de los esquemas con multiplicidad de actores e intereses no debe ser infravalorada, máxime en un país como el nuestro sin apenas tradición en la práctica colaborativa. En tal sentido existe un riesgo cierto de alcanzar el éxito en cuanto al objetivo común pero a un coste excesivo en tiempo y recursos, lo que minaría definitivamente la finalidad de eficiencia que preside en último término este tipo de propuestas.

\*\*\*\*\*

Un ejemplo de este resultado indeseado lo encontramos en el caso de “Alameda Corridor Project, US”, desarrollado en los Estados Unidos en 1981 (Thompson, 2007). El objetivo específico del proyecto consistía en aliviar la congestión de las autopistas y líneas de ferrocarril por el aumento de tráfico procedente de los distintos puertos existentes en esa zona del sur de

California. La falta de ajuste de la financiación necesaria al marco previsto en la normativa federal provocó la necesidad sobrevenida de establecer una propuesta de financiación ad hoc que supuso un laborioso y complejo proceso de negociación entre las diferentes autoridades locales, regionales y federales, así como los colaboradores privados, que se extendió más de veinte años. El proyecto se consideró finalmente un éxito desde el punto de vista del objetivo de aumentar la capacidad de las redes portuarias y reducir su congestión, pero su elevadísimo coste en términos de tiempo para su planificación y ejecución lo convirtió en un precedente a descartar para proyectos similares en el futuro<sup>416</sup>.

\*\*\*\*\*

Este ejemplo ilustra perfectamente los riesgos de una excesiva complejidad en el proyecto o en la estructura colaborativa diseñada para su desarrollo y, trasladado al ámbito de la gobernanza local, debe poner en alerta a los promotores públicos sobre la necesidad de una adecuada ponderación de los costes que entraña cada proyecto en relación con los objetivos a conseguir, en especial, en los supuestos en que la participación pública y privada en el esquema sea múltiple y heterogénea.

---

<sup>416</sup> Los orígenes del "*Alameda Corridor Project*" se sitúan en 1981 cuando se estableció el Comité Asesor de Puertos (*Ports Advisory Committee*) para la gestión de la creciente afluencia de tráfico en la zona portuaria. El análisis inicial se centró en los accesos por autopista y comenzó la implantación de proyectos de construcción de autovías de gran capacidad durante los siguientes años. A partir de 1984, sin embargo, la prioridad se centró en la reducción de la congestión en el transporte ferroviario como medio indirecto de alivio de la congestión del tráfico por carretera con un mejor resultado en términos medioambientales. De las numerosas alternativas técnicas propuestas en 1989 se optó por la creación de la Autoridad de Transporte del Corredor de Alameda (*Alameda Corridor Transportation Authority (ACTA)*) y tras seis años de discusión y planificación se aprobó finalmente el proyecto por un importe total de 24 billones de dólares que incluía la consolidación de cuatro líneas de ferrocarril así como todas las infraestructuras necesarias para su construcción –puentes, viaductos- y los desarrollos urbanos precisos. El resultado fue una significativa mejora de la capacidad de conexión ferroviaria entre los distintos puertos y la red ferroviaria interestatal, reduciendo de forma importante el impacto sobre la red de carreteras (Thompson, 2007).

#### 4. LA EXPLICACIÓN A LA OPINIÓN PÚBLICA.

Finalmente se hace necesario aludir a un aspecto probablemente no muy habitual en los tratamientos técnicos sobre *PPP* pero que, por su colosal impacto en el proceso político mismo, no resulta en absoluto menor. Nos referimos al adecuado traslado a la opinión pública de los beneficios de la colaboración en términos de eficiencia en la prestación de los servicios públicos y la correlativa percepción por parte de los ciudadanos de la existencia de unas políticas públicas prestacionales que priman la participación de la sociedad civil, la protección de los usuarios y el medio ambiente, la eficiencia en la aplicación de los recursos públicos y, en definitiva, el respeto a los intereses generales.

Como sabemos, en España la práctica concesional está plenamente arraigada y, en tal sentido, la participación del sector privado en la gestión de lo público no debería resultar extraña ni despertar rechazo en la ciudadanía, ello a pesar de que la colaboración entre el sector público y el privado nunca ha sido fácil por su diferente “cultura” y los recelos recíprocos (Cruz Ferrer, 1999: 549). No obstante, algunos resultados desafortunados en materia de concesiones de autopistas de peaje y lo novedoso de la aplicación reciente de la concesión en sectores tan socialmente sensibles como la sanidad han producido un cierto desasosiego en parte de la opinión pública respecto de la verdadera finalidad de las fórmulas de participación privada en la provisión y gestión de infraestructuras y servicios públicos.

Cierta explicación de esta situación puede residir en el desconocimiento de la ciudadanía respecto de la naturaleza de las diferentes estrategias públicas y la diferencia entre unas y otras, si bien, a su clarificación no han contribuido precisamente algunos de los representantes políticos, agentes sociales, asociaciones profesionales y medios de comunicación que, con una actitud ciertamente combativa, han puesto en cuestión cualquier iniciativa de apertura a la competencia.

Para ello se ha recurrido a argumentos, a nuestro entender un tanto simplistas en lo conceptual y confusos en el análisis de la realidad, amparados en un supuesto abandono del interés público por parte del Estado en beneficio del mercado y bajo el objetivo del lucro de grandes firmas privadas que desemboca finalmente en el detrimento de la calidad de los servicios públicos y la desprotección de usuarios e intereses generales de la comunidad.

Consecuencia de ello, un cierto clima de recelo contra lo privado ha arraigado ya en una parte de la sociedad.

\*\*\*\*\*

En el caso de las concesiones para equipamientos hospitalarios un ejemplo de lo dicho lo representa la Coordinadora Anti-Privatización de la Sanidad Pública en Madrid que recoge en sus comunicados lo siguiente: “El conservador Partido Popular (PP) está llevando a cabo en varias comunidades autónomas (Madrid, Valencia) un proceso acelerado de privatización de la sanidad pública, sobre todo mediante el modelo Private Finance Initiative (PPP/PFI). En Madrid se está produciendo el proceso de privatización más brutal y acelerado de todo el estado, de forma que, en apenas cinco años, se ha dado la vuelta al sistema sanitario público, convirtiéndolo en un succulento negocio privado. (...) El gobierno del estado ni siquiera está interviniendo en la cesión fraudulenta de centros sanitarios patrimonio de la Seguridad Social a empresas sanitarias multinacionales. (...) La entrada de empresas con ánimo de lucro no hace sino deteriorar la asistencia sanitaria y encarecerla. Por ello consideramos imprescindible derogar la ley 15/97, (“Sobre Nuevas Formas de Gestión”), para que las empresas lucrativas no sigan haciendo negocio con nuestra salud”<sup>417</sup>.

Igualmente, en el artículo de opinión publicado en el periódico Público del 9 de julio de 2008 por la ex-diputada y portavoz de sanidad por Izquierda Unida en el Congreso Ángeles Maestro bajo el título “La

---

<sup>417</sup> <http://www.casmadrid.org/>.

privatización de la sanidad pública” podía leerse: “La privatización de la Sanidad pública madrileña por parte del Gobierno del Partido Popular está realizándose a pasos agigantados. (...) El Gobierno de la Comunidad de Madrid está tomando decisiones que, amparadas en la Ley de Nuevas Formas de Gestión (Ley 15/97), suponen la dinamitación de un servicio público básico como la Sanidad, que se transfiere a empresas privadas financiadas con presupuesto público. (...) El asunto que determina la aberración subyacente a la gestión mediante empresas privadas de servicios públicos es la sustitución del Derecho Público por el Derecho Privado en la administración de fondos públicos. El Derecho Público establece mecanismos de control e intervención del gasto dirigidos a impedir la actuación arbitraria de las administraciones en la gestión del patrimonio y los fondos públicos. El Derecho Privado, que regula el funcionamiento del negocio empresarial, obviamente, no los contempla. El propio interés empresarial, dirigido a la obtención de beneficios con recursos propios, procura la gestión eficiente de la empresa y se ocupa de evitar gastos superfluos. Ambos mecanismos desaparecen en la gestión privada de servicios públicos”<sup>418</sup>. Posturas similares de los sindicatos Comisiones Obreras (CCOO), Unión General de Trabajadores (UGT) y Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (SINDE) pueden encontrarse, por ejemplo, en el artículo “Cuando la sanidad pública es un negocio”, publicado en el diario El País el 25 de noviembre de 2007<sup>419</sup>.

\*\*\*\*\*

En los anteriores ejemplos podría fácilmente deducirse el absoluto desconocimiento sobre la naturaleza jurídica de la figura de la concesión como modalidad de gestión indirecta de infraestructuras o servicios públicos en la que la Administración únicamente concede el derecho a gestionar o explotar un servicio o bien públicos a un contratista privado conservando en todo momento su propiedad y la titularidad sobre el servicio público y, en

---

<sup>418</sup> <http://blogs.publico.es/dominiopublico/638/la-privatizacion-de-la-sanidad-publica/>.

<sup>419</sup> <http://www.elpais.com/articulo/sociedad/sanidad/publica/negocio>.

último término, el control y responsabilidad sobre su efectivo mantenimiento de acuerdo al interés general.

Es difícil de entender por tanto conceptos como la “cesión fraudulenta de centros sanitarios patrimonio de la Seguridad Social a empresas sanitarias multinacionales”, la “dinamitación de un servicio público básico como la Sanidad, que se transfiere a empresas privadas financiadas con presupuesto público” o la “sustitución del Derecho Público por el Derecho Privado en la administración de fondos públicos”, máxime teniendo en cuenta que la gestión sanitaria indirecta a través del concierto con empresas privadas es práctica habitual en el sistema sanitario español sin que por ello se haya puesto en cuestión su naturaleza pública. No debe olvidarse, además, que la gestión pública se lleva a cabo también mediante externalización, a través de la contratación de la construcción de los centros hospitalarios y la de los servicios, excepto el sanitario, con contratistas privados que obtienen igualmente un beneficio industrial por el contrato, sin que en tales casos se aluda a la existencia de un negocio en la sanidad pública. Nos parece que el debate, incluso ideológico, sobre las políticas públicas más idóneas en el ámbito de los servicios públicos, y muy especialmente en la Sanidad dada la gran sensibilidad social que habitualmente despierta, es absolutamente necesario y requiere de la participación de todos estamentos sociales públicos y privados.

En este sentido las posiciones contrarias a tendencias como la colaboración público-privada, siempre que se fundamenten en argumentaciones sólidas y análisis serios sobre las implicaciones de su implementación, serán una aportación importante para definir adecuadamente los criterios de oportunidad que deberán conducirlas. Por el contrario, la utilización demagógica de conceptos técnica o jurídicamente imprecisos, cuando no absolutamente equivocados, para crear un estado de opinión contrario a una realidad conscientemente manipulada en aras de intereses partidistas no contribuye a establecer un debate constructivo sobre un tema de tal calado.

Como ya se ha puesto de manifiesto a lo largo de este trabajo la colaboración público-privada, como cualquier otra estrategia de regulación incluida la provisión pública directa, resultará eficiente en su implementación dependiendo de su correcta aplicación en términos económicos y de oportunidad, sin que sus planteamientos conceptuales impidan, en ningún caso, la adecuada consecución del interés general, la protección de los usuarios y la equidad en la asignación de los recursos.

Por eso resulta inaplazable la profundización en el aspecto político de la colaboración considerando ésta como parte de una tendencia general de apertura a la competencia y la participación del sector privado en la gestión de las infraestructuras y servicios públicos más allá de la simple captación de recursos financieros. Debe, por tanto, afrontarse un debate sereno y riguroso que, alejándose de la confrontación política aunque sin rehuir la perspectiva ideológica, aborde la aceptación de una “tercera vía” en la gestión de lo público como alternativa intermedia entre la publicación de la iniciativa y los procesos de privatización plena y liberalización. Como acertadamente señala Petitbó (1997: 18) “cuando se propone la introducción de la competencia en determinados sectores, mercados o actividades se requiere un análisis riguroso alejado del dogmatismo y la demagogia y es necesario convencer a aquéllos que se oponen a la competencia y a los escépticos”.

Ello parece cercano a las tesis mantenidas por el centroderecha en nuestro país que, siguiendo el ejemplo de la tradición anglosajona, se ha mostrado proclive a una tendencia privatizadora en su sentido más amplio como fomento de cualesquiera formas de participación privada e intensificación de la competencia. Caso bien distinto es el de los partidos representativos de la socialdemocracia así como determinados agentes sociales como las centrales sindicales, habitualmente muy críticos con las posturas liberalizadoras. En nuestra opinión, ejemplos como el del “Nuevo Laborismo” de Blair en el Reino

Unido (Falconer y McLaughing, 2000: 122)<sup>420</sup> o la reforma del Estado Federal (*National Performance Review*) acometida por Clinton en Estados Unidos, deben servir de referencia a los responsables políticos de la izquierda española para revisar posicionamientos ideológicos anclados en un blindaje a ultranza de lo público a cualquier influencia externa y abrirse a tendencias reformadoras que aboguen por la eficiencia<sup>421</sup>.

Por todo ello, entendemos esencial una visión estratégica de los *PPP* por parte del poder público que supere las concepciones partidistas y traslade de forma clara y transparente a los ciudadanos la contribución de las fórmulas colaborativas a la consecución de una mayor eficiencia en la actuación pública. De esta manera se conseguirá el apoyo de la ciudadanía para el desarrollo de nuevos proyectos así como un clima de confianza y seguridad en el mercado y los potenciales participantes en los mismos (Allard y Trabant, 2008).

En definitiva, bien puede decirse que España afronta un colosal reto en el ámbito de la gestión pública con la expansión de los esquemas de colaboración público-privada y, en último término, la manera en que responda a dicho reto va a condicionar decisivamente el éxito o fracaso de éstos en cuanto a su contribución a una mayor eficiencia de la actuación del sector

---

<sup>420</sup> Como señalan Falconer y McLaughing (2000: 122) *"el desarrollo de los partnerships como principio fundamental del llamado "Nuevo Laborismo" nació de un cambio de actitud respecto el sector empresarial, a diferencia del "Viejo Laborismo" la característica principal de esta nueva corriente era la naturaleza de su postura frente al sector privado. Un partido político que siempre afirmó su creencia en el papel esencial que el Estado debía jugar en la economía de la nación ahora creía que nada se podía hacer sin el concurso del del sector privado, el cual, con el adecuado marco creado por el Estado podía crear empleo, obtener beneficios e involucrarse en la prestación de los servicios públicos en colaboración con el Estado"*.

<sup>421</sup> Un ejemplo de ello lo tenemos en la posición del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida durante la tramitación parlamentaria de la Ley, justificando una enmienda a la totalidad en el en el hecho de que el Proyecto respondía a la voluntad privatizadora del Gobierno Popular, cuya única intención era dejar en manos de las grandes constructoras la explotación y planificación de las infraestructuras, y a su afán mercantilizador de las obras públicas al incorporar instrumentos ajenos al Derecho Administrativo para su financiación. Véase Boletín de las Cortes Generales de 11 de noviembre de 2002 (BOCG núm. A-99-11 de 11/11/2002, Congreso de los Diputados).



público y la obtención de beneficios por los ciudadanos en forma de servicios públicos a menor coste y mayor calidad.

## CONCLUSIONES

La colaboración del sector privado en la gestión y financiación de infraestructuras se ha revelado como una alternativa cada vez más consolidada para la consecución de los objetivos públicos mediante la aportación de capital y el aprovechamiento de las capacidades del mercado en la gestión eficiente de los servicios. Sus fundamentos responden a causas tanto de índole fiscal como de eficiencia, pero también en motivos filosóficos que han contribuido a su consideración como tendencia o corriente ideológica inclinada hacia una determinada concepción del papel del Estado en la economía.

### I

Primera.- En España se ha experimentado en estos últimos años un desarrollo generalizado de fórmulas con participación privada en el diseño, construcción, financiación y operación de infraestructuras, tanto a nivel estatal como, muy especialmente, en los ámbitos autonómico y local, que incorporan técnicas novedosas en nuestra tradición administrativa y que han sido denominadas como “colaboración público-privada” o “asociaciones público-privadas” a semejanza de la práctica de los países anglosajones en que dichas fórmulas tienen su origen.

Sin embargo, la popularización de estas denominaciones e incluso su previsión legal no han ido acompañadas, a nuestro juicio, de un adecuado conocimiento de las fórmulas a las que representan tal y como se conciben originalmente y ello ha provocado que su naturaleza esté aún sumida en cierta oscuridad conceptual que induce a confusión con otras realidades ya conocidas en nuestra práctica administrativa.

Segunda.- Los *public-private partnerships* término anglosajón traducido en España como *colaboración público-privada* o *asociaciones público-privadas*, admite multitud de definiciones dependiendo del enfoque utilizado.

En un sentido amplio el concepto nos conduce a cualquier tipo de colaboración entre organizaciones del sector público y privado y se extiende tanto como lo hace la propia idea de colaboración, acogiendo en su seno un margen casi infinito de actividades.

Si el enfoque se centra en una perspectiva más específica relacionada con la actividad pública prestacional de bienes y servicios, su consideración se identifica con *una colaboración de cierta durabilidad entre actores públicos y privados para el desarrollo conjunto de bienes y servicios compartiendo los riesgos, costes y recursos derivados de dichos bienes y servicios*". De esta perspectiva general se pueden extraer algunos rasgos característicos de los *PPP* que aparecen en gran parte de sus manifestaciones y que ayudan a perfilar conceptualmente esta figura: la naturaleza voluntaria de la relación, el amplio abanico de posibles participantes –el sector privado, desde el sector empresarial hasta las comunidades locales y organizaciones voluntarias, y cualesquiera sujetos públicos - una estrategia conjunta a largo plazo y el reparto de aportaciones y riesgos.

Tercera.- La concesión, como contrato a largo plazo a través del cual el sector público otorga el título de delegación necesario para habilitar legalmente la participación de entidades privadas en la provisión de todo o parte de un bien o servicio público, ha sido el vehículo jurídico habitual mediante el que se ha articulado la colaboración entre el sector público y el sector privado para el desarrollo de infraestructuras públicas y, en tal sentido, podríamos afirmar que la concesión y la colaboración público-privada en su acepción propia o *strictu sensu* son conceptos equiparables en tanto que se han utilizado originariamente de forma indistinta.

Las profundas diferencias respecto de la contratación tradicional o externalización no obstan, sin embargo, para que pueda situarse a ésta última la externalización como el origen inmediato de la colaboración y considerarla incluso como forma incipiente de colaboración y el germen de las fórmulas más avanzadas que hoy conocemos.

Cuarta.- El concepto de colaboración público-privada ha tenido una evolución y alcance diferentes en los distintos sistemas jurídicos y ello ha determinado decisivamente la concepción que en los distintos países puede darse a los *PPP*. En la órbita angloamericana se pasa de lo que era una simple forma contractual, la concesión, a concebirse como una nueva forma de relación entre los sectores público y privado bajo la premisa de una acción conjunta, igualitaria y leal con participación en riesgos y beneficios. Esta "dimensión colaborativa" como sustrato esencial estará presente con independencia de cual sea la fórmula utilizada para articular el contrato, admitiéndose tantas formas como necesidades quieran satisfacerse con el único límite de la propia creatividad de los participantes.

Caso distinto son los países de la Europa continental y América Latina, con tradición jurídica romanista y Derecho público codificado, en los que la concesión, como forma tradicional de participación privada en el desarrollo de infraestructuras y servicios públicos, no ha experimentado este proceso de evolución. En estos países, como es el caso de España, la concesión se sigue concibiendo en su modalidad clásica, como contrato que habilita la construcción, financiación y explotación de obras públicas por empresas privadas pero sin que exista componente alguno de colaboración más allá de la que preside cualquier relación a largo plazo.

Quinta.- Dos aspectos deben ser tenidos en cuenta como esenciales en el análisis conceptual de los *PPP*. en primer lugar, su consideración como contratos relacionales por el carácter incompleto de las relaciones colaborativas a largo plazo. Es precisamente esta relación causal la que determina la necesidad de un comportamiento leal entre las partes que evite conductas oportunistas así como la propia concepción del proceso competitivo de licitación conducente a la elección del socio privado motivando la solicitud de un tratamiento diferenciado respecto de los procesos de selección tradicionales que no engloban una propuesta de tipo relacional. Se busca la primacía de mecanismos de negociación que doten a los procesos

competitivos de la suficiente flexibilidad y que atiendan a aspectos eminentemente personales de los licitantes.

En segundo término, el reparto eficiente de los riesgos. La implicación del sujeto privado en la totalidad del proceso de producción muestra dos caras interrelacionadas que determinan de forma decisiva la conceptualización de las formas colaborativas y su distinción respecto de la contratación pública tradicional ya que le impone la asunción de todos los riesgos derivados de dicho proceso excepto aquellos que el Estado retenga en virtud de consideraciones de eficiencia, pero al mismo tiempo le otorga la necesaria libertad en el diseño, ejecución y operación de los activos sin pautas predeterminadas por el sector público, salvo los requisitos de calidad en los servicios finales, de modo que se posibilite la introducción de los índices de innovación y eficacia de gestión necesarios para un coste efectivo del proyecto.

Sexta.- La reflexión sobre la naturaleza de los *PPP* nos aproxima a un marco conceptual complejo en el que asistimos así a un proceso de redefinición de lo público y lo privado en un contexto de actuación en el que las fronteras entre ambos se diluyen dando paso a un nuevo enfoque de los esquemas relacionales entre ambos sectores y, en particular, de la posición que el Estado debe adoptar, no solamente respecto de la contratación de bienes y servicios sino de su función socio-económica en el marco de las sociedades actuales trascendiendo del ámbito puramente administrativo para penetrar en consideraciones de índole política e ideológica y pudiéndose hablar ya de la necesidad de una “reinención” del sector público y una nueva forma de gobernanza.

## II

Séptima.- En el plano económico e ideológico la colaboración público-privada se sitúa en el ámbito de la privatización, entendida ésta como concepto dinámico de cambio de un modelo de prestación pública hacia uno

de prestación privada mediante la introducción, en mayor o menor grado, de la competencia en un entorno monopolístico y la confianza en las instituciones privadas para satisfacer eficientemente las necesidades de los ciudadanos.

Como estrategia de regulación de las infraestructuras la colaboración público-privada se identifica con el modelo contractual de concesión que introduce la competición *ex ante* o “por el mercado” propia de las licitaciones públicas en contribuyendo a la reducción de costes, incremento de la calidad y la innovación por los licitantes en los casos de monopolio natural en los que no cabe el mercado competitivo. De esta manera unos bienes que por su naturaleza debían ser necesariamente provistos por el Estado sin posibilidad de integrarse en un mercado libre en competencia, encuentran la vía para beneficiarse de las ventajas que el sector privado incorpora a la gestión pública.

Octava.- Los esquemas de colaboración a través de fórmulas de concesión, si bien pueden cobijarse en aquella concepción amplia de privatización, quedan nítidamente diferenciados conceptualmente de la privatización propia o material en la que la titularidad de los bienes o servicios se ve alterada por su traspaso efectivo al sector privado, dejando el sector público de poseer el control sobre la propiedad y la dinámica prestacional de los mismos. En tal sentido, la colaboración público-privada puede concebirse como una fórmula de regulación de las infraestructuras a medio camino entre la provisión pública directa y su liberalización o prestación en régimen de libre competencia por el sector privado.

### III

Novena.- la aproximación comunitaria al fenómeno de la colaboración tiene un carácter limitado en tanto surge como constatación de una realidad nueva y particular como es el desarrollo de los modelos concesionales derivados de la *PFI* británica, y con un alcance circunscrito a la tarea de armonización de su tratamiento contable en los distintos países miembros a

efectos del cumplimiento de los criterios de estabilidad presupuestaria. Pese a esta incapacidad para ofrecer una referencia conceptual y regulatoria de garantías, los documentos comunitarios ya perfilan la necesidad de enfocar la colaboración público-privada con una perspectiva más elevada y ambiciosa que la servir de simple solución financiera a las restricciones presupuestarias y es la de abrazar un nuevo marco relacional entre los sectores público y privado que supere los parámetros hasta ahora conocidos en la contratación tradicional y apueste por aprovechar las capacidades de uno y otro en aquello en lo que más eficiencia puedan aportar.

Décima.- En España se han reproducido básicamente los esquemas surgidos en el seno de la *PFI* británica, esto es fórmulas del tipo *DBFO*, para el desarrollo de infraestructuras de transporte y sanitarias principalmente, adaptándolos a las peculiaridades jurídico-administrativas que nuestro ordenamiento contractual público imponía al tratamiento del contrato de concesión a través de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, y la actual regulación de dicho contrato en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público

La principal razón, y posiblemente la única, para su implementación generalizada durante la pasada década ha sido la obtención de financiación adicional en un momento de restricciones presupuestarias y gran necesidad de infraestructuras y servicios públicos. Ello ha llevado a la simplificación conceptual que identifica financiación privada con colaboración o, cuanto menos, reduce la colaboración público-privada a la colaboración en la financiación, y que ha tenido acogida en buena parte de las autoridades públicas, el mercado y la doctrina científica.

Decimoprimera.- Estas fórmulas, lejos de representar manifestaciones de una novedosa concepción de la actividad de provisión pública basada en la colaboración entre sectores y el aprovechamiento de capacidades y el reparto de beneficios y riesgos, aparecen como concesiones tradicionales que incorporan mecanismos de financiación privada estructurada (*tailored*

*financing*) orientados exclusivamente a evitar la consolidación contable de la inversión y amplían su ámbito de aplicación a infraestructuras sin posibilidad de autofinanciación, como el caso de las autovías o los equipamientos educativos y sanitarios, gracias a la introducción de la técnica del peaje en sombra o “pago por servicios” propio de los *DBFO* que habilita el abono de las retribuciones por la Administración en función del uso o la puesta a disposición de la infraestructura.

Decimosegunda.- El contrato de concesión de obra pública ha demostrado profundas carencias respecto de su idoneidad como marco de referencia para acoger una filosofía de acción pública inspirada en la colaboración público-privada, y ello debido tanto a la limitación en el ámbito y perspectiva de las modificaciones introducidas por la Ley 13/2003, como a la superficialidad de las mismas, evitando penetrar en la esencialidad de la práctica colaborativa y sus principios inspiradores. Aspectos de colosal importancia como la adecuada asignación de los riesgos en orden a la consecución de un coste eficiente del proyecto, la libertad de diseño y ejecución por el sector privado sin pautas predeterminadas por la Administración que posibilite la introducción de innovación y eficacia en la gestión, los procesos de selección competitiva del socio privado que atiendan las exigencias del carácter relacional a largo plazo del contrato, el énfasis necesario sobre la calidad final del servicio público objeto de provisión más que sobre los activos o la efectiva evaluación del coste del proyecto o *value for money* en relación con el coste de la provisión pública, por citar algunos, han sufrido una evidente desatención en la reciente experiencia española.

Decimotercera.- El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, nuevo contrato administrativo típico y nominado incorporado por la Ley de Contratos del Sector Público, significa la primera aproximación a una regulación contractual de corte colaborativo en el Derecho español y con él el legislador pretende acercarse a la polivalencia y ductilidad de las fórmulas de colaboración para huir en lo posible a las estrecheces propias de



los contratos nominados y alcanzar un reflejo de la filosofía colaborativa en la práctica administrativa española.

Decimocuarta.- La aplicación de la filosofía colaborativa a la esfera de la contratación pública supone, no una nueva tipología contractual, sino una diferente forma de contratar, esto es, una técnica de contratación alternativa al tradicional enfoque transaccional que impera en la transmisión de bienes y servicios. Por ello, la opción elegida por el legislador español al catalogar la colaboración público-privada como un tipo contractual nominado no solamente incurre, a nuestro entender, en una confusión conceptual fundamental al obviar el verdadero significado de la práctica colaborativa desde su concepción primigenia, sino que contribuye a una mayor complejidad del panorama contractual mediante la superposición de figuras contractuales difícilmente distinguibles atendiendo a la definición de su objeto. Ello conducirá a serios problemas de aplicabilidad.

Decimoquinta.- el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado ha pretendido incorporar aquellos rasgos esenciales que, adoptando la perspectiva del Libro Verde, caracterizan comúnmente las operaciones de colaboración público-privada contractual: la evaluación de la eficiencia del proyecto, el reparto de riesgos y el diálogo competitivo, más las vías mediante las que se pretende introducir la racionalidad colaborativa en la regulación contractual, basadas en la acreditación formalista y documental, arrojan no pocas dudas sobre su capacidad para cristalizar dicha voluntad en verdaderos esquemas de colaboración público-privada más allá de su apariencia.

Decimosexta.- En orden a la consolidación de una regulación de la colaboración en España más eficiente y fiel a sus principios originarios. En tal sentido, cuatro son los cambios fundamentales que deben abordarse por los poderes públicos a este respecto, relativos al marco regulatorio, la especialización de la Administración, la perspectiva de la gobernanza y la estrategia promocional frente a los ciudadanos:

- a) Respecto de la concepción misma del marco regulatorio y su técnica legal, la consideración de la colaboración como una técnica de contratación en lugar de la opción elegida por el legislador español al catalogarla como un tipo contractual nominado, la introducción de normas de probidad para reforzar el carácter relacional del contrato, así como la utilización del *Public Sector Comparator* (PSC) o la adaptación de un instrumento similar cuya finalidad es la homogeneización de los escenarios de costes entre proyectos con financiación pública y privada mediante la eliminación de las incidencias que sobre éstos produce la evaluación del traslado de riesgos, se hace imprescindible.
- b) En cuanto a la especialización de las autoridades públicas encargadas de las políticas prestacionales y, consecuentemente, competentes en la implantación de fórmulas colaborativas, la creación de una unidad especializada en *PPP* a nivel nacional para coordinar y supervisar los proyectos, asegurando su excelencia y adecuado traslado al ciudadano, debe ser una prioridad a medio plazo.
- c) La introducción en España de la perspectiva de la gobernanza en la planificación y desarrollo de la colaboración público-privada en orden a la reforma del Estado y su función en la economía. Para ello se hace imprescindible, dentro de un proceso más de reforma del sector público, la observancia de aquellos principios y prácticas, de entre los enunciados por la UNECE que, a nuestro juicio, reforzarían el futuro desarrollo de propuestas de colaboración público-privada desde la perspectiva de una buena gobernanza. Especialmente la adopción por el sector público de una posición reguladora frente al protagonismo directo en la prestación y el reforzamiento de los cauces de participación de la sociedad civil en los procesos de provisión de infraestructuras.
- d) Respecto al adecuado traslado a la opinión pública de los beneficios de la colaboración resulta inaplazable la profundización en el aspecto

político de la colaboración considerando ésta como parte de una tendencia general de apertura a la competencia y la participación del sector privado en la gestión de las infraestructuras y servicios públicos más allá de la simple captación de recursos financieros. Debe, por tanto, afrontarse un debate sereno y riguroso que, alejándose de la confrontación política aunque sin rehuir la perspectiva ideológica, aborde la aceptación de una “tercera vía” en la gestión de lo público como alternativa intermedia entre la publicación de la iniciativa y los procesos de privatización plena y liberalización.

---

## BIBLIOGRAFÍA

- ABELAIRA DAPENA, A. (2006): "La participación privada en la financiación de infraestructuras públicas: la experiencia de la Generalitat de Catalunya", *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 45, págs. 129-153.
- ABELSON, P. (2005): *Outsourcing of Public Services in Australia: Seven Case Studies*, Macquarie Economics Research Papers, No. 3/2005, Department of Economics, Macquarie University, Sydney.
- ABRAHAMSON, M. (1982): *Risk Management*, Paper presented to International Construction Law Conference, Sidney, pp. 19-21.
- ACERETE GIL, B. (2006): "Aspectos Contables de las colaboraciones público-privadas", *Presupuesto y Gasto Público* núm. 45, Madrid, págs. 199 y ss.
- AHLBRANDT, R. S. y WEAVER, C. (1987): "Public-Private Institutions and Advanced Technology Advancement in Southwestern Pennsylvania", *Journal of the American Planning Association* 53, pp. 449-458.
- ALLARD, G. y TRABANT, A. (2008): "Public-Private Partnerships in Spain: Lessons and Opportunities", *International Business & Economics Research Journal*, Volume 7, Number 2.
- ALLEN, G. (2001): *The Private Finance Initiative (PFI)*, Research Paper No. 01/117, Economic Policy and Statistics Section, House of Commons Library, London.
- ALLISON, G. (1982): "Public and Private Management: Are They Fundamentally Alike in All Unimportant Respects?" in *Current Issues in Public Administration*, 2nd. ed., New York.
- ALONSO COLOMER, F. (2003): *Ejecución de las Obras*, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., et. al., *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, Reguladora del Contrato de Concesión de Obra Pública*, Thomson Civitas, Madrid, págs. 177-200.
- ALTER, C. y HAGE, J. (1993): *Organizations Working Together*, CA: Sage.
- ANDERSEN, S., y ELIASSEN, K. (1993): *Making Policy in Europe: The Europeanization of National Policy-making*, Sage, London.
- ANDERSON, L. (1980): *The Diffusion of Technology in the Nineteenth Century American City: Municipal Water Supply Investments*, Conferencia pronunciada en la Northwestern University, citado en JACOBSON, C. D. y TARR, J. A. (1995): *Ownership and Financing of Infrastructure: An*

*Historical Perspective*, Policy Research Working Papers, WPS 1466, The World Bank, Washington DC, p. 11.

ARIÑO ORTIZ, G. (1993): *Economía y Estado. Crisis y Reforma del Sector Público*, Marcial Pons, Madrid.

ARIÑO ORTIZ, G., DE LA CUÉTARA, J. M. y LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. (1997): *El Nuevo Servicio Público*, Marcial Pons, Madrid.

ARIÑO ORTIZ, G. y DEL GUAYO CASTIELLA, I. (2000): "La Regulación de las Actividades Gasistas", *Documentación Administrativa*, núm. 256, págs. 95-154.

ARIÑO ORTIZ, G. y VILLAR EZCURRA, J. L. (2002): "Reflexiones sobre el Proyecto de Reforma de las concesiones de Obra", *Revista de Obras Públicas*, núm. 3425, págs. 189-200.

ASCHAUER, D. (1989): "Does Public Capital Crowd Out Private Capital?", *Journal of Monetary Economics*, vol. 24, nº 2, pp.171-188.

- (1989): "Is Public Expenditure Productive?", *Journal of Monetary Economics*, Vol. 23, pp. 177-200.

ASKEW, J. (1991): "Public and Private Sector Partnerships for Urban Regeneration in Sheffield and Wakefield", *Local Government Policy Making* 17, pp. 37-43.

AUCOIN, P. (1990): "Administrative Reform in Public Management: Paradigms, Principles, Paradoxes and Pendulums", *Governance*, pp. 115-137.

AUDITOR GENERAL OF CANADA (2002): *Report to de House of Commons, Modernizing Accountability in the Public Sector*, Chapter 9, Ottawa.

AUGENBLICK, M., y CUSTER, B. S. (1990): *The Build Operate and Transfer (BOT) Approach to Infrastructure Projects in Developing Countries*, Policy, Research and External Affairs Working Papers, WPS498, The World Bank, August.

AXELROD, R. (1990): *The Evolution of Co-operation*, Penguin, London.

AXELROD, R. y DION, D. (1998): "The Further Evolution of Co-operation", *Science*, 242: 9.

AYMERICH, M. (1999): *La Gestión Inteligente de las Infraestructuras*, en *Infraestructuras y Crecimiento Económico*, Fundación para el Análisis y los Estudios Económicos, nº 52, págs. 19-76.

- BAILEY, S. J. (2002): *Public Sector Economics: Theory, Policy and Practice*, MacMillan, London.
- BAILEY, N., BARKER, A., y MacDONALD, K. (1995): *Partnership Agencies in British Urban Policy*, UCL Press, London, citado en McQUAID, R. W. *The Theory of Partnership*, en OSBORNE, S. (ed.), (2000) *Public-Private Partnerships: Theory and Practice in International Perspective*, Routledge, London, nota 6, p. 25.
- BAILEY, N. (1994): "Towards a research Agenda for Public-private partnerships in the 1990's", *Local Economy*, 8, pp. 292-306.
- BAILIS, L. (1984): *Comparative Analysis of the Delivery of Human Services in the Public and Private Sector*, Heller Graduate School, Brandeis University.
- BAKER, M. (1899): "Waterworks", en *Municipal Monopolies*, Thomas Crowell, New York.
- BALDWIN, R. y CAVE, M. (1999): *Understanding Regulation*, Oxford University Press.
- BAUMOL, W. (1967): *Reasonable Rules for Rate Regulation: Plausible Policies for an Imperfect World*, en *Prices: Issues in Theory Practice and Public Policy*, University of Pennsylvania Press, pp. 108-123.
- BAUMOL, W. W. J., PANZAR, J. C. y WILLIG, R. D. (1982): *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, Harcourt Brace, San Diego.
- BAYÓN MARINÉ, I. Prólogo a JUAN LOZANO, A. M. y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J. (2006): *La colaboración público-privada en la financiación de las infraestructuras y servicios públicos. Una aproximación desde los principios jurídico-financieros*, IEF, Madrid.
- BEATO, P., y VIVES, A. (1996): "Private Sector Participation in Infrastructure: Risk, Fiscal and Efficiency Issues in Public-Private Arrangements for the Provision of Services," *Infrastructure*, vol. 1, nº3, pp. 3-14.
- BEITO, D. T. y SMITH, B. (1990): "The Formation of Urban Infrastructure Through Nongovernmental Planning: The Private Places of St. Louis, 1869-1920," *Journal of Urban History*, Vol. 16.
- BEL, G. (ed.) (1996): *Privatización, desregulación y ¿competencia?*, Civitas, Madrid.
- BENNETT, J., e IOSSA, E. (2004): *Building and Managing Facilities for Public Services*, Discussion Paper 02-08, Department of Economics and Finance, Brunel University, London.

- BENNETT, J. y JOHNSON, M. (1980): "Tax Reduction without Sacrifice: Private Sector Production of Public Services", *Public Finance Quarterly* 8, nº. 4, pp. 363-396.
- BENNETT, R. J. y KREBS, G. (1994): "Local Economic Development Partnerships: An Analysis of Policy Networks in EC-LEDA Local Employment Strategies", *Regional Studies*, "8.
- BENTZ, A., GROUT, P., y HALONEN, M. (2002): *Public-Private Partnerships: What Should the State Buy?*, Centre for Market and Public Organisation (CMPO) Working Papers, 01/40, Leverhulme Centre of Market and Public Organisation, University of Bristol, Bristol.
- BERNSTEIN, M. (1955): *Regulating Business by Independent Commission*, Princeton University Press.
- BESLEY, T. y GHATAK, M. (2001): "Government versus Private Ownership of Public Goods," *Quarterly Journal of Economics*, vol. 116, nº 4, pp. 1343-1372.
- BEZANÇON, X. (1995) : *Les Services Publics en France: Du Moyen Age à la Révolution*, Presses de L'Ecole Nationale des Ponts e Chaussées, Paris.
- BORCHERDING, T. E. (1977): *Budgets and Bureaucrats: The Sources of Government Growth*, Duke University Press, Durham.
- (1978): "Competition, Exclusion and the Optimal Supply of Public Goods", *Journal of Law and Economics*, 21, p. p. 111-132.
- BORCHERDING, T. E., BURNABY, B. C., POMMERENHE, W. W., y SCHNEIDER, F. (1982): "Comparing the Efficiency of Private and Public Provision: the Evidence from Five Countries," *Zeitschrift fur Nationalökonomie*, 89, pp. 127-156.
- BRIDGE, G. (1977): "Citizen Choice in Public Services: Voucher Systems", in *Alternatives for Delivering Public Services: Toward Improved Performance*, SAVAS, E.S (ed.), Westview.
- BRUCHEY, S. (1965): *The Roots of American Economic Growth 1607-1861*. New York: Harper & Row, citado en JACOBSON, C. D. y TARR, J. A. (1995): *Ownership and Financing of Infrastructure: An Historical Perspective*, Policy Research Working Papers, WPS 1466, The World Bank, Washington DC, p. 5.
- BRUNETE de la LLAVE, M. T. (2010): "El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (I)", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 96, págs. 32-51.

- BUCHANAN, J. M. y TULLOCK, G. (1962): *The Calculus of Consent*, Ann Arbor, University of Michigan Press.
- BUSTAMANTE, J. E. (1993): *Desregulación. Entre el Derecho y la Economía*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- CARBONELL ROMERO A., et. al. (1990): *Las infraestructuras en España: carencias y soluciones*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid.
- CARLÓN RUÍZ, M. *El Nuevo Régimen Jurídico del Sector Ferroviario: un tímido paso hacia la competencia*, en FERNÁNDEZ FARRERES, G. (dir.) et al. (2004): *Transportes y Competencia: los procesos de liberalización de los transportes aéreo, marítimo y terrestre y la aplicación del Derecho de la competencia*, Thompson Civitas, págs. 287-411.
- CARRERAS, A. y TAFUNELL, X. (1993): "La Gran Empresa en España (1917-1974), Una primera aproximación, *Revista de Historia Industrial*, 3 , págs. 127-174.
- CARROL, P. y STEANNE, P. *Public-Private Partnerships: Sectorial Perspectives*, en OSBORNE, S. (ed.) (2000): *Public-Private Partnerships: Theory and Practice in International Perspective*, Routledge, London, pp. 36-56.
- CARSON, J. S. (1946): "The Power Industry", *The Industrialization of Latin America*, New York: McGraw Hill, pp. 319-345, citado en GÓMEZ-IBÁÑEZ, J. (2003): *Regulating Infrastructures; Monopoly, Contracts and Discretion*, Harvard University Press, Cambridge: MA-London, pág. 110.
- CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S. (1996): *Régimen Jurídico de las Concesiones Administrativas en Derecho Romano*, Dykinson, Madrid 1996.
- CASTELLS, M. (1996): *The Rise of the Network Society: Economy, Society and Culture*, Blackwell, Cambridge.
- CAVALLIER, G. (1998): *Challenges for Urban Governance in the European Union*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublin.
- CAVES, R., E. (1962): *Air Transport and its Regulators*, Harvard University Press, CA, citado en GÓMEZ-IBÁÑEZ, J. A. y MEYER, J. R. *The Rediscovery of Private Contracts: U.S. Railroad and Airline Deregulation*, en GÓMEZ-IBÁÑEZ, J. (2003): *Regulating Infrastructures; Monopoly, Contracts and Discretion*, Harvard University Press, Cambridge: MA-London, p. 201.
- CAVERS, D. y NELSON, J. (1959): *Electric Power Regulation in Latin America*, John Hopkins University Press, Baltimore.



- CHADWICK, E. (1859): "Results of Different Principles of Legislation in Europe: Of Competition for the Field as Compared with Competition within the Field of Service," *Journal of the Royal Statistical Society*, series A22, pp. 381-420, citado en DNES, A. W. (1995): "Franchising and Privatisation", *Public Policy for the Private Sector*, Note N° 40, The World Bank.
- CHINCHILLA MARÍN, C. (2006): "El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 132, págs. 609-644.
- (1997): *Servicio Público: ¿Crisis o renovación?*, en *Régimen Jurídico de los Servicios Públicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, págs. 59-96.
- CLARK, B. y NORRIS, S. (1999) : "Euro Procurement", *Supply Management*, 42.
- CLARK, G.L. y ROOT, A. (1999): "Infrastructure Shortfall in United Kingdom: The Private Finance Initiative and Government Policy," *Political Geography*, vol.18, nº 3, March, pp. 341-365.
- CLARKE, M. y STEWART, J. (1998): *Community Governance, Community Leadership and the New Labour Government*, YPS, New York.
- COASE, R. (1937): "The Nature of the Firm," *Economica*, vol. 4, nº 16, pp. 386-405, traducción española en COASE, R. (1994): *La empresa, el mercado y la ley*, Alianza Editorial, Madrid.
- (1974): "The Lighthouse in Economics", *Journal of Law and Economics*, 17 nº 2, pp. 357-376.
- COLLIN, S. O. (1998): "In the Twilight Zone: A Survey of Public-Private Partnerships in Sweden", *Public Productivity and Management Review*, 21 (3), pp. 272-283.
- COLMAN, W. (1989): *State and Local Government and Public-Private Partnerships, A Policy-Issues Handbook*, Westport,: Greenwood Press.
- COLMEIRO, M. (1850): *Derecho Administrativo Español*, Tomo II, ed. Calleja, Madrid y Santiago, citado en MENÉNDEZ, P. y FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. *Análisis Histórico-Jurídico de la Concesión de Obra Pública*, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., et. Al. (2003): *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, Reguladora del Contrato de Concesión de Obra Pública*, Thomson Civitas, Madrid, pág. 54.
- COMISIÓN EUROPEA (1997): *Green Paper of the European Union "Partnerships for a new organisation of work"*.

- 
- (1993): *Guidelines for Successful Public-Private Partnerships*, [http://europa.eu.int/comm/regional\\_policy/sources/docgener/guides/PP\\_Pguide.htm](http://europa.eu.int/comm/regional_policy/sources/docgener/guides/PP_Pguide.htm).
- COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, (2000): *El Refuerzo del Derecho de Concesiones y de Contratos de Asociación entre los Sectores Público y Privado (APP)* de 19 de octubre de 2000 – CES 1192/2000.
- COOTER y ULMAN, (1977): *Derecho y Economía*, FEC, México.
- CORTÉS, J. L. (2003): *Adopción Internacional del New Public Management: Un Enfoque hacia los Resultados*, Departamento de Economía Aplicada, Universidad de las Islas Baleares, Palma de Mallorca.
- COSTAS, A. y BEL, G, (editores), (1997): “Los Beneficios de la Liberalización: lecciones para España” en “Los Beneficios de la Liberalización de los Mercados de Productos”, *Colección Estudios e Informes de la Caixa*, Num. 11, Servicio de Estudios de La Caixa, Barcelona.
- COWIE, H. (1996): *Private Partnerships and Public Networks in Europe*, Federal Trust, London.
- CRANDALL, R. W. y WAVERMAN, L. (2000): *Who Pays for Universal Services? When Telephone Subsidies Become Transparent*, Brookings Institution, Washington.
- CROCKER, K y MASTEN, S. (1996): “Regulation and Administered Contracts Revisited: Lessons from Transaction-cost Economics for Public Utility Regulation”, *Journal of Regulatory Economics*, vol. 9, nº 1, pp. 5-40.
- CRUZ FERRER de la, J. (2002): *Principios de Regulación Económica en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid.
- (1999): *Hacia un Nuevo Modelo de Regulación de Infraestructuras*, en *Infraestructuras y Crecimiento Económico*, Fundación para el Análisis y los Estudios Económicos, nº 52, págs. 493-555.
  - (2006, 2007): “Bases para el Diseño de los Mercados Eléctricos I y II”, *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones, Transportes e Infraestructuras (REDETI)*, núms. 26 y 28.
  - (2008): *Derecho Público Económico y Liberalización en la Unión Europea, Problemas Actuales del Derecho Administrativo*, Ponencia en el Programa de Doctorado “Problemas Actuales de Derecho Administrativo”, Universidad Complutense de Madrid.
- CRUZ FERRER de la, J., y LLORENTE CABALLERO, A. *La competencia en los puertos y el transporte marítimo*, en FERNÁNDEZ FARRERES (dir.) *et al.*,

(2004): *Transportes y Competencia: los procesos de liberalización de los transportes aéreo, marítimo y terrestre y la aplicación del Derecho de la competencia*, Thompson Civitas, págs. 203-282.

CRUZ FERRER de la, J. y ONEGA CARRIÓN, N. (2001): "Financiación y Gestión Público-Privada de Transportes: Experiencia de la "Iniciativa de Financiación Privada" en el Reino Unido", *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, 2 y 3, págs. 471-486.

DANIELS, R y TREBILCOCK, M. (1996): "Private Provision of Public Infrastructure: An Organizational Analysis of the Next Privatisation Frontier", *University of Toronto Law Journal*, 46, pp. 375-426.

DAS, T. y TENG, B. (1997): "Sustaining Strategic Alliances: Options and Guidelines", *Journal of General Management*, 22 (4), pp. 49-64.

DE ANDRÉS, C., y MOLINA, R. (1999): *El Medio Ambiente y la Gestión de Residuos*, en *Infraestructuras y Crecimiento Económico*, Fundación para el Análisis y los Estudios Económicos, nº 52, págs. 463-493.

DE BETTIGNIES, J. E. y ROSS, T. (2004): "The Economics of Public-Private Partnerships", *Canadian Public Policy- Analyse de Politiques*, vol. 30, nº 2, pp. 135-154.

DE RUS, G. (1999): "Propiedad privada y regulación en infraestructuras y servicios", Ponencia dentro del Encuentro Estrategias Competitivas portuarias celebrado en junio de 1999 y publicada en *Boletín Puertos del Estado*, núm. 68.

DEL CAMPILLO y COSSÍO, J. (1993): *Dos escritos políticos. Lo que hay de más y de menos en España. España despierta*, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, citado en MENÉNDEZ, P. y FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., *Análisis Histórico-Jurídico de la Concesión de Obra Pública*, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., et. Al. (2003): *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, Reguladora del Contrato de Concesión de Obra Pública*, Thomson Civitas, Madrid, pág. 51.

DELONG, J. B. y SUMMERS, L. (1991): "Equipment Investment and Economic Growth", *Quarterly Journal of Economics*, vol. 106, nº 2, pp. 445-502.

DEMSETZ, H. (1968): "Why Regulate Utilities", *Journal of Law and Economics*, vol. 11, pp. 55-65.

DE VEGA, P. (1997): "El Problema de los Derechos Fundamentales en el Estado Social", Conferencia pronunciada en 1997, *Anuario Jurídico de La Rioja*, núm. 3, pp. 365-386.

- DEWATRIPONT, M., y LEGROS, P. (2005): *Public-Private Partnerships: Contract Design and Risk Transfer*, European Investment Bank Papers, vol. 10 nº 1, pp. 120-156.
- DEWEY, (1934): "Municipal Ownership of Water Utilities", *Public Utilities Fortnightly*, 9, citado en THOMPSON, W. Y SMITH, W. R. (1941): *Public Utility Economies*, McGraw-Hill, New York, p. 603.
- DÍAZ CORRAL, P. (2001): "Estudio de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria en cuanto a su aplicación a las entidades locales", *Revista de Estudios Locales*, núm. 49, págs. 39-49.
- DNES, A. W. (1995): "Franchising and Privatisation", *Public Policy for the Private Sector*, Note Nº 40, The World Bank.
- DOREMBERG, S. (1998): *The Contracting Organization: A Strategic Guide to Outsourcing*, Oxford University Press, Melbourne Australia.
- DOMBERGER, S, y HALL, C. (1996): "Contracting for Public Services: A Review of Antipodean Experience," *Public Administration*, vol. 74, pp. 129-147.
- DOREMBERG, S. y RIMMER, S. (1994): Competitive Tendering and Contracting-Out in the Public Sector: A Survey, *International Journal of the Economics of Business*, 1 (3), pp. 439-453.
- DOWNS, A. (1967): *Inside Bureaucracy*, Little, Brown, Boston.
- DOZ, Y. *Partnerships in Europe*, en DE WITT, B. Y MEYER, R., (eds.) (1994): *Strategy: Process, Content and Context*, MN West, Minneapolis.
- DREWRY, G. *Public-Private Partnerships: Rethinking the Boundary Between Public and Private Law*, en OSBORNE, S. (ed.) (2000): *Public-Private Partnerships: Theory and Practice in International Perspective*, Routledge, London, pp. 57-69.
- DRUCKER, P. F. (1992): *Managing for the Future*, Butterworth-Heinemann, London.
- (1973): "Managing the Public Sector Institution", *Public Interest* 33, pp. 43-60.
- DUGUIT, L. (1928) : *Traité de Droit Constitutionnel*, 3ª ed., E. Bocard.
- DUNSIRE, A. y HOOD, C. (1989): *Cutback Management in Public Bureaucracies*, Cambridge University Press.

- EBERTS, R.W. (1986): *Estimating the Contribution of Urban Public Infrastructure to Regional Growth*, Working Paper 8610, Federal Reserve Bank of Cleveland.
- ENGEL, E., FISCHER, R., y GALETOVIC, A. (2003): *Soft Budgets and Highway Franchising*, 4th Annual Latin America Conference of Infrastructure and Resources, Stanford Centre for International Development and Stanford Institute for Economic Policy Research.
- ERENBURG, S.J. (1994): *Linking Public Capital to Economic Performance*, Public Policy Brief Papers, nº 14, the Jerome Levy Institute of Bard College, New York.
- (1993): *The Relationship between Public and Private Investment*, The Jerome Levy Economics Institute Working Papers, nº 85, February.
- ESTEVE PARDO, J. (2001): *Régimen Jurídico de los Aeropuertos*, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- EZQUIAGA DOMÍNGUEZ *Sostenibilidad y descentralización en las Administraciones Territoriales*, en ROMERO ÁLVAREZ, F. J. (dir.) (1999): *Nuevas formas de financiación de proyectos públicos*, Madrid, Civitas, págs. 193-230.
- FALCONER, P. K. y McLAUGHING, K., *Public-Private Partnerships and the "New Labour" Government in Britain*, en OSBORNE, S. (ed.) (2000): *Public-Private Partnerships: Theory and Practice in International Perspective*, Routledge, London, pp. 120-133.
- FALCONER, P. y ROSS, K., *Public-Private partnerships and the New Public Management in Britain*, en MONTANHEIRO, L., et. Al., (1998): *Public-Private sector Partnerships: Fostering Enterprise*, Sheffield Hallam University Press , pp. 133-148.
- FAULKNER, D. (1995): *International Strategic Alliances*, McGraw-Hill.
- FERNÁNDEZ, T. R. (1983): "Las Obras Públicas", *Revista de Administración Pública*, núms. 100-103, págs, 2430-31.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Prólogo* en CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S. (1996): *Régimen Jurídico de las Concesiones Administrativas en el Derecho Romano*, Dykinson, Madrid.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G. (dir.) et al., (2004): *Transportes y Competencia: los procesos de liberalización de los transportes aéreo, marítimo y terrestre y la aplicación del Derecho de la competencia*, Thompson Civitas.

- FERNÁNDEZ LLERA, R. (2005): "Empresas Públicas Autonómicas y endeudamiento fuera de Balance", *Auditoría Pública* nº 35, págs. 7-20.
- FERNÁNDEZ MONTALVO, R. (2002): en *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, V.V. A.A. JIMENEZ APARICIO, E. (coord.), 2ª ed., Thomson Aranzadi.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, D., V. (2002): "Los Ocho Mil Monopolios del Agua", *Revista de Obras Públicas*, Nº 3425, págs. 93-102.
- FERNÁNDEZ-PIÑEYRO, E., *La Financiación Privada de Infraestructuras en la Ley Reguladora del Contrato de Concesión de Obra Pública*, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., et. al. (2003): *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, Reguladora del Contrato de Concesión de Obra Pública*, Thomson Civitas, Madrid, págs. 271-310.
- FERRIS, J. M. (1984): "Coprovision: Citizen Time and Money Donations in Public Service Provision", *Public Administration Review* 44, nº. 4, pp. 324-333.
- FISK, D., KIESLING, H. y MUELLER, T. (1978): *Private Provision of Public Services: An Overview*, Urban Institute, Washington.
- FISHER, J. (1996): *Civil Society, Political Development and All That*, Paper presented at the ARNOVE Conference, New York, citado en McLAUGHLIN, K. y OSBORNE, S. P., *A One-Way Street or Two-Way Traffic? Can Public-Private Partnerships Impact on The Polic-making Process?* en OSBORNE, S. (2000): *Public-Private Partnerships: Theory and Practice in International Perspective*, Routledge, London, pp. 324-338.
- FITCH, L. (1974): "Increasing the Role of Private Sector in Providing Public Services" *Improving the Quality of Urban Management*, Hawlwy and Roders (eds.), Sage.
- FORSTHOFF, E. (1968): *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, Darmstadt, traducción en castellano: (1986): *Concepto y Esencia del Estado Social de Derecho*, en *El Estado Social*, CESC, Madrid.
- FOWLER, A. (1997): *Striking a Balance: A Guide to Enhancing the Effectiveness of NGO's*, Earthscan, London.
- FOX, W. (1992): *Understanding Administrative Law*, Matthew Bender, New York.
- FRIEDMAN, M. (1962): *Capitalism and Freedom*, University of Chicago Press.

- FRIEDMAN, J., y WEAVER, C. (1979): *Territory and Function: The Evolution of Regional Planning*, University of California Press, Berkeley.
- FROST, R. L. (1991): *Alternating Currents: Nationalized Power in France, 1946-1970*, Cornell University, pp. 36-52.
- FUKUYAMA, F. (1995): *Trust: The Social Virtues and the Creation of Prosperity*, Hamish Hamilton, London.
- FUENTES QUINTANA, E. (1996): *Financiación y gestión privada de las infraestructuras de interés público*. (ed. López Rodó, L.). Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, pp. 3-12.
- FUERTES FERNÁNDEZ, A. (2007): "Fundamentos de la colaboración público-privada para dotación de infraestructuras y servicios", *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones, Transportes e Infraestructuras (REDETI)*, Año X-núm. 29, mayo-agosto, págs. 37-124.
- FUNNELL, W. y COOPER, K. (1998): *Public Sector Accounting and Accountability in Australia*, UNSW Press, Sydney.
- GARCÉS SANAGUSTÍN, M. (2001): "Los proyectos de Ley General de Estabilidad Presupuestaria: hacia una nueva cultura del Presupuesto en España", *Presupuesto y Gasto Público*, nº 27, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid.
- (2004): "La Estabilidad Presupuestaria en Derecho Español", *Colección Estudios Jurídicos*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid.
- GARCÍA CAPDEPÓN, P. (2005): "El contrato de colaboración público-privada", *Revista de la Función Consultiva*, núm. 3, enero-junio, págs. 89 y ss.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R. (2004): *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, vol. 1, 12ª edición, vol. 2, 9ª edición, Madrid.
- GIL HERRERA, L. (2006): *La contabilidad pública y la nacional: enlace micro-macro contable*, Estudios de Hacienda Pública, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid.
- GIMENO FELIÚ, J. M. (2006): "La problemática derivada del encargo de prestaciones a entes instrumentales propios: alcance de la jurisprudencia comunitaria", *Informe de las Comunidades Autónomas 2005*, Instituto de Derecho Público, Universidad de Barcelona.
- GOETZ, E., y CLARK, S. (1993): *The New Localism: Comparative Urban Politics in a Global Era*, Sage, Newbury Park.

- GOLDBERG, V. P. (1976): "Regulation and Administered Contracts", *Bell Journal of Economics* 7, nº 2.
- GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (2004): *El Contrato de Obras, la Concesión de Obras Públicas como Contrato*, en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas 2ª ed.
- GÓMEZ-IBÁÑEZ, J. (2003): *Regulating Infrastructures; Monopoly, Contracts and Discretion*, Harvard University Press, Cambridge: MA-London.
- GÓMEZ-IBÁÑEZ, J. A. y MEYER, J. R. *The Rediscovery of Private Contracts: U.S. Railroad and Airline Deregulation*, en GÓMEZ-IBÁÑEZ, GÓMEZ-IBÁÑEZ, J. (2003): *Regulating Infrastructures; Monopoly, Contracts and Discretion*, Harvard University Press, Cambridge: MA-London.
- GONZÁLEZ, M. J. (1994): *¿Adonde va el sector público?: del Estado del Bienestar al Bienestar con menos Estado*, Informes del Instituto de Estudios y Análisis Económicos, Ministerio de Economía y Hacienda.
- GONZÁLEZ BLANCH, F. (1997): *Fundamentos de Análisis Económico de la Regulación*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid.
- GONZÁLEZ BOTIJA, F. *Transporte Ferroviario Urbano: Cuestiones del Régimen Jurídico del Metro*, en ALONSO TIMÓN, J. y CABALLERO SÁNCHEZ, R., (Coord.) (2009): *Infraestructuras Ferroviarias: Nuevo Marco de Ordenación Jurídica*, Tirant lo Blanch, págs. 387-428.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. V. (2006): "El Contrato de Colaboración Público-Privada", *Revista de Administración Pública*, núm. 170, Madrid, Mayo-Agosto.
- (2006): *Financiación de Infraestructuras Públicas y Estabilidad Presupuestaria*, Tirant lo Blanch, Valencia.
  - (2008): *Sociedades Estatales de Obras Públicas*, Tirant lo Blanc, Valencia.
- GONZÁLEZ-PÁRAMO, J. M. (2001): "Costes y Beneficios de la Estabilidad Fiscal: la Ley de Estabilidad Presupuestaria en Perspectiva", *Colección de Estudios de Hacienda Pública*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid.
- GONZÁLEZ SALINAS, J. (1997): *El servicio Público del Gas*, en *Régimen Jurídico de los Servicios Públicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, págs. 169-413.



- GLAZER, N. (1988): *The Limits of Social Policy*, Harvard University Press, Cambridge: MA.
- GRAY, B. (1985): "Conditions Facilitating Interorganizational Collaboration", *Human Relations* 38, pp. 911-936.
- GREVE, C. y EJERSBO, N. (2002): *When Public-Private Partnerships Fail*, Nordisk Kommunal forskningskonference, Odense, November-December.
- GREVE, C. (2003): "Public-Private Partnerships in Scandinavia," *International Public Management Review*, vol. 4, nº 2, pp. 59-69.
- GRIMSEY, D. (2003): "The Privatisation Myth," *Public Infrastructure Bulletin*, Australian Centre for Public Infrastructure, University of Melbourne, Melbourne, September, pp. 9-11.
- GRIMSEY, D. y LEWIS, M.K. (2004): *Public-Private Partnerships: The Worldwide Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance*, Edward Elgar, Cheltenham.
- GROSSMAN, S. y HART, O. (1986): "The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration," *Journal of Political Economy*, vol. 94, pp. 691-719.
- GROUT, P.A. (1997): "The Economics of the Private Finance Initiative," *Oxford Review of Economic Policy*, vol.13, nº 4, pp. 53-66.
- (2005): *Value for Money Measurement in Public-Private Partnerships*, European Investment Bank Papers, vol. 10, nº. 2, pp. 32-56.
- GUASCH, J. L. (2002): *Concessions of Infrastructure Services: Incidence and Determinants of Renegotiations-An Empirical Evaluation and Guidelines for Optimal Concession Design*, The World Bank, Washington D. C.
- GUASCH, J. L., y SPILLER, P. (1999): *Managing the Regulatory Process: Design, Concepts, Issues and the Latin America and Caribbean Story*, The World Bank, Washington.
- GUISLAIN, P. (1997): *The Privatization Challenge: A Strategic, Legal and Institutional Analysis of International Experience*, The World Bank, Washington DC.
- GUISLAIN, P. y KERF, M. (1995): "Concessions: the way to privatize infrastructure sector monopolies", *Viewpoint*, 59, The World Bank, Washington DC.
- GUTCH, R. (1992): *Contracting Lessons from the US*, NCVO, London.

- GWARTNEY, J. (1998): "Less Government, More Growth", *Wall Street Journal*, 10, April.
- HAILEY, J. (2000): *NGO Partners: The Characteristics of Effective Development Partnerships*, en OSBORNE, S. P., (ed.), *Public-Private Partnerships: Theory and Practice in International Perspective*, Routledge, London, pp. 311-323.
- HAKANSSON, H. y JOHANSSON, J. *The Network as a Governance Structure; Interfirm Cooperation Beyond Markets and Hierarchies*, en GRAEBER, G., (ed.) (1993): *The Embedded Firm; Understanding Networks: Actors, Resources and Processes in Interfirm Cooperation*, Routledge, London.
- HALL, J. (1998): "Private Opportunity, Public Benefit?" *Fiscal Studies*, vol. 19, nº 2, Mayo, pp. 121-140.
- HALLIGAN, J. y WETTENHALL, R. *Major Changes in the Structure of Government Institutions*, en POWER, J. (1990): *Public Administration in Australia: A Watershed*, HAIPA, Sydney, pp. 17-40.
- HANF, K. y SCHARPF, F. W. (eds.) (1978): *Interorganizational Policy Making; Limits to Coordination and Central Control*, Sage, London.
- HANSMANN, H. (1980): "The Role of Non-profit Enterprises", *Yale law Journal*, 89 (5), pp.835-898.
- HARDING, A. (1990): "Public-private partnerships in Urban Regeneration", *Local Economic Policy*, London.
- HARDING, A., DAWSON, J., EVANS, R. Y PARKINSON, M, (1994): *European Cities Towards 2000: Profiles, Policies and Prospects*, Manchester University Press.
- HART, O. (2002): "Incomplete Contracts and Public Ownership: Remarks, and an Application to Public-Private Partnerships," *The Economic Journal*, Vol. 113, C69-C76, March.
- HART, O. y MOORE, J. (1990): "Property Rights and the Nature of the Firm," *Journal of Political Economy*, Vol. 98, December, pp. 1119-1158.
- HART, O., SCHLEIFER, A. y VISHNY, R. (1997): "The Proper Scope of Government: Theory and Applications to Prisons", *Quarterly Journal of Economics*, vol. 112, nº 4, pp. 1127-1158.
- HASTINGS, A. (1996): "Unravelling the Process of partnerships in urban Regeneration Policy", *Urban Studies* 33, pp. 253-68.

- HATELY, L., *The Power of Partnerships*, en HATELY y MALHOTRA (eds) (1997): *Essays on Partnerships in Development*, North South Institute, Ottawa.
- HAURIOU, M. (1927): *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 11ª ed., Sirey.
- HELMAN, J. y JOHNSON, G. W. (1992): *The Politics and Economics of Privatization: The Case of Wastewater Treatment*, The University of Alabama Press.
- HENDRIKS, F. y TOPS, P. (199): "Between Democracy and Efficiency: Trends in Local Government Reform in the Netherland and Germany", *Public Administration*, 77 (1), pp. 133-153.
- HENIG, J., R. (1989): "Privatization in the United States: Theory and Practice", *Political Science Quarterly*, 104, 4, pp. 649-670.
- HERNÁNDEZ PONCE, A. R. y CABRERO, J. (1999): *El Medio Natural y las Infraestructuras en el Medio Rural*, en *Infraestructuras y Crecimiento Económico*, Fundación para el Análisis y los Estudios Económicos, nº 52, págs. 379-421.
- HERNANDO OREJANA, L. C. (1998): "Encomienda de gestión", *Actualidad Administrativa*, Nº 2, pags.17-42.
- HM TREASURY UK (2003): *PFI: Meeting the Investment Challenge*, The Stationary Office, july.
- (1994): *Competition and the Private Finance Initiative: Guidance for Departments*, Private Finance Panel, London.
  - (1994): *Private Finance: Overview of progress*, News release 118/94, 8 November.
  - (1995): *Private Opportunity, Public Benefit: Progressing the Private Finance Initiative*, November.
  - (1997): *Partnerships for Prosperity*, Private Finance Taskforce, London.
  - (2000): *Public-Private Partnerships: the Government's Approach*, The Stationery Office, London.
  - (2004): *Standardisation of PFI Contracts*, April.
  - (2006): *PFI: Strengthening Long-Term Partnerships*, March.
- HOBBS, T. (1651): *Leviathan*, Collier Books, New York.

- HODGE, G y GREVE, C. (2005): *The Challenge of Public-Private Partnerships: Learning from International Experience*, Edward Elgar, Cheltenham.
- HODGE, G. (2000): *Privatisation: An International Review of Performance*, Westview Press, Colorado.
- (2003): *Privatization: The Australian Experience*, en PARKER, D. y SAAL, D. (ed.), *International Handbook on Privatization*, Edward Elgar, Cheltenham, pp. 161-186.
  - (2005): *Governing the Privatized State: New Accountability Guardians*, Paper presented at Accountable Governance: An International Research Colloquium, Queens University, Belfast, October.
- HOLLAND, R., C. *The New Era in Public-Private Partnerships*, en PORTER, P. Y SWEET, D., Ed. (1984): *Rebuilding America's Cities: Roads to Recovery*, Center for Urban Policy Research, New Brunswick.
- HOOD, C. (1987): *Public Administration* en BOGDANOR, V. (ed) *The Blackwell Encyclopaedia of Political Institutions*, Blackwell, Oxford, pp. 504-507.
- (1990): *Public Administration: Lost an Empire, Not Yet Found a Role*, en LEFTWICH, A. (ed.), *New Directions in Political Science*, Elgar, pp. 107-125.
  - (1995): "The New Public Management in the 1980's: Variations on a Theme", *Accounting, Organizations and Society*, vol. 20, nº 2-3, pp. 93-109.
- HUERTA BARAJAS, J. (2008): "La Evaluación Previa en el Contrato de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado: el Diálogo Competitivo en la nueva Ley de Contratos del Sector Público", *Auditoría Pública* núm. 44, Sevilla, abril.
- (2009): *El Contrato de Colaboración entre el Sector Público y Sector Privado*, Borrador de Trabajo para el Master del Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado de Investigación sobre la Paz, la Seguridad y la Defensa.
- HUXHAN, C., (1996): (a) *Creating Collaborative Advantage*, Sage, London.
- (1996): (b) "Advantage or Inertia: Making Collaboration Work", en PATON, R., CLARK, G., JONES, G., LEWIS, J., y QUINTAS, P., (eds.) *The New Management Reader*, Routledge, London, pp. 238-54.
- HUXHAN, C., y MACDONALD, D. (1992): "Introducing Collaborative Advantage: Achieving Inter-Organizational Effectiveness through meta-strategy", *Management Decision* 30, pp. 50-6.

- HUXHAN, C. y VANGEN, S. *What Makes Partnerships Work?*, en OSBORNE, S. P., (ed.) (2000): *Public-Private Partnerships: Theory and Practice in International Perspective*, Routledge, London, pp. 293-310.
- IRWIN, T., KLEIN, M., PERRY, G. E. y THOBANI, M. (1999): "Managing Government Exposure to Private Infrastructure Risks", *The World Bank Research Observer*, vol. 14, nº 2, August, pp. 229-245.
- ITURRIAGA NIEVA, R. (1997): "Las sociedades públicas, un dudoso instrumento de gestión", *Auditoría Pública*, nº 10, págs. 65-68.
- IZQUIERDO, R., y VASALLO, J. M. (2004): *Nuevos Sistemas de Gestión y Financiación de Infraestructuras de Transporte*, Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, Colección Señor.
- IZQUIERDO LLANES, G. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M. J., *Regulación y Competencia en el Sector de Transportes en España*, en FERNÁNDEZ FARRERES (dir.) et Al. (2004): *Transportes y Competencia: los procesos de liberalización de los transportes aéreo, marítimo y terrestre y la aplicación del Derecho de la competencia*, Thompson Civitas, págs. 539-576.
- JACOBSON, C. D. (1989): *Private Firms and Public Goods: Historical Perspectives on Contracting Out for Public Services*, en Ann Durkin Keating (ed.) *Public Private Partnerships: Privatization in Historical Perspective*, Chicago: Public Works Historical Society.
- JACOBSON, C. D. y TARR, J. A. (1995): *Ownership and Financing of Infrastructure: An Historical Perspective*, Policy Research Working Papers, WPS 1466, The World Bank, Washington DC, June.
- JAMISON, M. A., BERG, S. V., GASMI, F. y TÁVARA, J. I. (2005): *The Regulation of Utility Infrastructure and Services: An Annotated Reading List*, the Public-Private Infrastructures Advisory Facility (PPIAF) and the World Bank.
- JENNINGS, E., T., y KRANE, D. (1994): "Coordination and Welfare Reform: The Quest for the Philosophers stone", *Public Administration Review*, 54, pp. 341-8.
- JÉZE, G. (1930) : *Les Principes Généraux du Droit Administratif*, tomo II, 3ª ed., M. Giard.
- JIMÉNEZ APARICIO, (coord). (2002): *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, Thomson-Aranzadi, 2ª ed., págs. 921-948.

- JIMÉNEZ DE CISNEROS, F. J. (1998): *Obras Públicas e Iniciativa Privada*, Madrid.
- JIMÉNEZ DÍAZ, A. (2008): "El contrato de colaboración público-privada y el de concesión de obras públicas (en la nueva Ley de Contratos del Sector Público)", *Diario La Ley*, Nº 6934, Sección Nuevas Tendencias, 24, Año XXIX, Editorial LA LEY.
- JOHN, P. y COLE, A. (1995): "Models of Local decision-making Networks in Britain and France", *Policy and Politics* 23, pp. 303-312.
- JORDAN, W. A. (1970): *Airline Regulation in America: Effects and Imperfections*, Johns Hopkins University Press, Baltimore.
- JUAN LOZANO, A. M. y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J. (2006): *La colaboración público-privada en la financiación de las infraestructuras y servicios públicos. Una aproximación desde los principios jurídico-financieros*, IEF, Madrid.
- KAHN, A. (1971): *The Economics of Regulation: Principles and Institutions*, MIT Press, Cambridge, MA, Reissue Edition, vol. II.
- KANTER, R. M. (1994): "Collaborative Advantage: Successful Partnerships Manage the Relationship, not just the Deal", *Harvard Business Review*, pp. 96-108.
- KAY, J.A. (1993): *Foundations of corporate Success: How Business Strategies Add Value*, Oxford University Press.
- KERF, GRAY, R.D., IRWIN, T., LEVESQUE, C. y TAYLOR, R.R. (1998): *Concessions for Infrastructure: A Guide to their Design and Award*, World Bank Technical Papers, nº 399, The World Bank, March.
- KEELER, T. (1972): "Airline Deregulation and Market Performance", *Bell Journal of Economics and Management Science* 3, pp. 399-424.
- KETTL, D. F. (1997): The Global Revolution in Public Management: Driving Themes, Missing Links, *Journal of Policy Analysis and Management*, 16 (3), pp. 446-462.
- KEYNES, J.M. (1936): *The General Theory of Employment, Interest and Money*, Macmillan Cambridge University Press, London.
- KHURSHEED, A. F. y BORCHERDING, T. E. (1996): "Organising Government Supply: the Role of the Bureaucracy" en Thompson, F. & Green, M. (ed.), *Handbook of Public Finance*, Marcel Dekker: New York, pp. 43-92.

- KICKERT, W. (1997): "Public Governance in the Netherlands: An Alternative to Anglo-American Managerialism" *Public Administration* 75(4), pp. 731-52.
- KICKERT, W., KLIJN, E. H., y KOPPENJAN, J. *Introduction: A Management Perspective on Policy Networks*, en KICKERT, W., KLIJN, E. H., y KOPPENJAN, J. (eds) (1997): *Managing Complex Networks. Strategies for the Public Sector*, Sage: London, pp. 1-13.
- KICKERT, W. y KOPPENJAN, J., *Public Management and Network Management: An Overview*, en KICKERT, W., KLIJN, E. H., y KOPPENJAN, J. (eds) (1997): *Managing Complex Networks. Strategies for the Public Sector*, Sage: London, pp. 1-13.
- KINNOCK, N. (1998): "Transport Policy Needs at the End of the Century," *European Business Journal*, vol. 10, nº 3, pp. 122-129.
- KIRZNER, I. (1997): *How the Markets Works. Disequilibrium, Entrepreneurship and Discovery*, The Institute of Economic Affairs, London.
- KLEIN, M. (1998): *Bidding for Concessions*, World Bank Policy Research Working Papers, nº 1957, The World Bank, August.
- KLEIN, B., CRAWFORD, R y ALCHAIN, A. (1978): "Vertical Integration, Appropriable Rents and the Competitive Contracting Process", *Journal of Law and Economics*, vol. 21, pp. 297-326.
- KLEIN, M., SO, J., y SHIN, B. (1996): "Transaction Costs in Private Infrastructure Projects: Are They Too High?", *Public Policy for the Private Sector*, nº. 95, The World Bank.
- KLIJN, E. H. (1996): "Analizing and Managing Policy Processes in Complex Networks and its Problems", *Administration and Society*, 28 (1), pp. 90-119.
- KLIJN E. H., KOPPENJAN, J. Y TERMEER, K. (1995): "Managing Networks in the Public Sector: A Teoretical Study of Management Strategies in Policy Networks", *Public Administration* 73, pp. 437-54.
- KLIJN, E. H. y TEISMAN, G.R. *Governing Public-Private Partnerships*, en OSBORNE, S. (ed.) (2000): *Public-Private Partnerships: Theory and Practice in International Perspective*, Routledge, London, pp. 84-102.
- *Strategies ans Games in Networks*, en KICKERT, W., KLIJN E. H. y KOPPENJAN, J. (eds.) (1997): *Managing Complex Networks. Strategies for the Public Sector*, Sage, London, pp. 98-136.

- KOLKO, G. (1965): *Railroads and Regulation, 1877-1916*, Princeton University Press.
- KOOIMAN, J. (ed.) (1993): *Modern Governance: New Government-Society Interactions*, Sage Publications, London.
- KOLBERT, K. (1998): "A Map to Swing the City, or 6.000 pages on the sidewalks of New York", *The New York Times*, 20 of april.
- KOLDERIE, T. (1984): *An equitable and competitive public sector*, H. Humphrey Institute of Public Affairs, University of Minnesota.
- KOTLER, P., HAIDER, D. H., y REIN, I. (1993): *Marketing Places*, Free Press, New York.
- LAFFONT, J. y TIROLE, J. (1993): *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, MIT Press.
- LAWSON, G. (1998): *Federal Administrative Law*, West Group, St. Paul, citado en CRUZ FERRER de la, J. (2002): *Principios de Regulación Económica en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid.
- LAWTHER, W.C. (2002): *Contracting for the 21st Century: A Partnership Model*, the PricewaterhouseCoopers Endowment for the Business of Government, Arlington.
- LEONARDI, R. (1995): *Convergence, Cohesion and Integration in the European Union*, St. Martin Press, New York.
- LIENERT, I. (2005): *Are Laws Needed for Public Management Reforms?: An International Comparison*, IMF Working Papers WP05/62, Fiscal Affairs Department, International Monetary Fund, March.
- LINDER, S. (1999): "Coming to Terms with Public-Private Partnerships: A Grammar of Multiple Meanings", *American Behavioural Scientist*, vol. 43, nº1, pp. 35-51.
- LINDER, S. y ROSENAU-VAILLANCOURT, P. (2000): *Mapping the Terrain of the Public-Private Policy Partnerships*, MIT Press, Massachusetts.
- LIPSKY, M. Y SMITH, S. R. (1989): "Non-Profit Organizations, Government and the Welfare State", *Political Science Quarterly*, 104 (4), pp. 625-648.
- LISSET BORREL, F., *Naturaleza Jurídica de la Concesión Urbanística*, en LÓPEZ PELLICER, A., y SÁNCHEZ DÍAZ, J. L. (1976): *La Concesión Administrativa en la Esfera Local*, IEL.



- LITTLECHILD, S. (1983): *Regulation of British Telecommunication's Profitability*, Department of Industry, London.
- LOMAS, V. y LARIOS, D. (2007): "Modelos de colaboración público-privada para la construcción y gestión de infraestructuras sanitarias", *Derecho y Salud*, vol. 15, nº 2, págs. 289-346.
- LONG, F. y ARNOLD, M. (1995): *The Power of Environmental Partnerships*, Dryden Press.
- LOPEZ CORRAL, A. y SÁNCHEZ SOLIÑO, A. (2002): "Análisis Económico de la Reforma del Sistema Concesional de Obras Públicas", *Revista de Obras Públicas*, núm. 3425, octubre, págs. 45-51.
- LÓPEZ HERNÁNDEZ, A. M. y RODRÍGUEZ BOLÍVAR, M. P. (2002): "La Ley de Estabilidad Presupuestaria: Algunas Reflexiones en torno a su Difícil Concreción", *Revista de Empresa y Estudios Económicos*, vol. I, nº 4, págs. 12-16.
- LÓPEZ PELLICER, A., *La Concesión de Obra Urbanizadora*, en LÓPEZ PELLICER, A., y SÁNCHEZ DÍAZ, J. L. (1976): *La Concesión Administrativa en la Esfera Local*, IEAL, Madrid.
- LÓPEZ RAMÓN, F. (1981): "Consideraciones sobre el Régimen Jurídico de las Marismas", *Revista de Administración Pública*, núm. 96.
- LÓPEZ RODÓ, L. (1996): *Algunos Aspectos Políticos, Privados y Económicos de la Financiación de Infraestructuras*, en *Financiación y Gestión Privada de las Infraestructuras de Interés Público* (López Rodó, L., ed.), Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, págs. 19-31.
- LORANGE, P. y ROSS, J. (1993): *Strategic Alliances. Formation, Implementation and Evolution*, Blackwell, Oxford.
- LORRAIN, D. (1992): "The French Model of Urban Services", *West European Politics*, Vol. 15, April, pp. 77-92, citado en JACOBSON, C. D. y TARR, J. A. (1995): *Ownership and Financing of Infrastructure: An Historical Perspective*, Policy Research Working Papers, WPS 1466, The World Bank, Washington DC, June, p. 28.
- LOSADA, C. (1997): "Procesos de Modernización de las Administraciones Públicas: Contenidos y Estrategias de Reforma", *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, 7-8, pp. 95-101.
- LUNDGAARD, J. (2002): *Competition and Efficiency in Public Funded Services*, Economics Department Working Papers, nº 331, OECD Publishing, Organisation for Co-operation and Economic Development, Paris.

- LYNDE, C. (1992): "Private Profit and Public Capital", *Journal of Macroeconomics*, vol. 14, nº1, pp. 125-142.
- LYONS, S. T. y HAMLIN, R. E. (1991): *Creating an Economic Development Action Plan*, Praeger, New York.
- MACKINTOSH, M. (1992): "Partnership: Issues of Policy and Negotiation", *Local Economy* 7, pp. 210-24.
- MAGUIRE, G., y MALINOVITCH, A. (2004): "Development of PPP's in Victoria", *Australian Accounting Review*, vol. 14, no. 2, pp. 27-33.
- MATTESICH, P. y MONSEY, B. (1992): *Collaboration: What Makes it Work?*, Amherst Wilder Foundation, St. Paul.
- MALARET, E. (2007): *Administración pública y regulación económica*, II Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Santander.
- MALHOTRA, K. "Something Nothing Words: Lessons in Partnerships from Southern Experience", en HATELY y MALHOTRA (eds) (1997): *Essays on Partnerships in Development*, North South Institute, Ottawa.
- MALKIN, J., y WILDAVSKY, A. (1991): "Why the Traditional Distinction Between Public and Private Goods Should Be Abandoned", *Journal of Theoretical Politics*, 3, nº. 4, pp. 355-378.
- MANUAL SOBRE SISTEMA EUROPEO DE CUENTAS NACIONALES Y REGIONALES SEC'95 (1996): de la Oficina Estadística de las Comunidades Europeas (Eurostat), Instituto Nacional de Estadística.
- MARLIN, J., T. (1984): *Contracting Municipal Services: A Guide for Purchase from the Private Sector*, Wiley, New York.
- MARTELIA, P., y SCHANK, J. (1997): "Partnerships: New Name in Development Cooperation", *Development Practice*, 7 (3), pp. 283-285.
- MARTÍN HUERTA, P., *Régimen Económico- Financiero de la Concesión y Equilibrio Económico del Contrato*, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., et. Al. (2003): *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, Reguladora del Contrato de Concesión de Obra Pública*, Thomson Civitas, Madrid, págs. 225-256.
- MARTIN, S. y PARKER, D. (1997): *The Impact of Privatization Ownership and Corporate Performance in UK*, Routledge, London.

- MASON, D. (1996): *Leading and managing the Expressive Dimension: harnessing the Hidden power Source of the Nonprofit Sector*, Jossey Bass, San Francisco.
- McCANN, J. (1984): "Design Guidelines for Problem Solving Interventions", *Journal of Applied Behavioural Science*, 19, pp. 177-18-92.
- McDONALD, J. M. (1989): "Railroad Deregulation, Innovation and Competition", *Journal of Law Economics* 32, pp. 63-95.
- McGRAW, T., K. (1975): "Regulation in America: A Review Essay", *Bussines History Review* 49, nº 2, pp. 250-274.
- (1984): *Prophets of Regulation: Charles Francis Adams, Louis D. Brandeis, James M. Landis and Alfred E. Kahn*, Harvard University Press, pp. 153-209, citado en GÓMEZ-IBÁÑEZ, J. (2003): *Regulating Infrastructures; Monopoly, Contracts and Discretion*, Harvard University Press, Cambridge: MA-London.
- McLAUGHLIN, K. y OSBORNE, S. P., *A One-Way Street or Two-Way Traffic? Can Public-Private Partnerships Impact on The Polic-making Process?*, en OSBORNE, S. (2000): *Public-Private Partnerships: Theory and Practice in International Perspective*, Routledge, London, pp. 324-338.
- McQUAID, R. W., *The Theory of Partnership*, en OSBORNE, S. (ed.) (2000): *Public-Private Partnerships: Theory and Practice in International Perspective*, Routledge, London, pp. 9-35.
- (1994): *Partnerships and Urban Economic Development*, Social Science Working Papers, nº 13, Napier University.
- MEGGINSON, W., L., NASH, R. y VAN RANDENBORGH, M. (1994): "The Financial and Operating Performance of Newly Privatized Firms: An International Empirical Analysis", *The Journal of Finance*, XLIX (2), pp. 403-452.
- MEGGINSON, W., L., y NETTER, J. (2003): *History and Methods of Privatization*, en PARKER y SAAL, *Internacional Handbook on Privatization*, Edward Elgar, Cheltenham.
- MELLENDEZ, S. E. (1998): "The Non-Profit Sector: The Cornerstone of Civil Society", *Issues of Democracy*, 3(1).
- MELOSI, M. V. (1981): *Garbage in the Cities: Refuse. Reform and the Environment. 1880-1980*, Texas A & M University Press.
- MELTZER, H. Y RICHARD, S. (1978): "Why Government Grows in a Democracy?", *Public Interest* 52, pp. 111-118.

- MENÉNDEZ, P. y FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., *Análisis Histórico-Jurídico de la Concesión de Obra Pública*, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *et. al.* (2003); *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, Reguladora del Contrato de Concesión de Obra Pública*, Thomson Civitas, Madrid, págs. 29-76.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *La Financiación Privada de la Construcción de Obras Públicas y la Nueva Regulación del Contrato de Concesión en su Contexto Social y Económico*, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *et. al.* (2003); *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, Reguladora del Contrato de Concesión de Obra Pública*, Thomson Civitas, Madrid, págs. 11-26.
- (2002): "El Proyecto de Ley Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas", *Revista de Obras Públicas*, núm. 3425, págs. 35-44.
- MERTON, R. (1978): "On the Cost of Deposit Insurance When there are Surveillance Costs," *Journal of Business*, vol. 51, nº 3, pp. 439-452.
- MEYER, M. (1982): "'Bureaucratic' versus 'Profit' Organizations", *Research in Organizational Behavior*, vol. 4 JAI Press, Greenwich.
- MEYER, R. y GÓMEZ-IBÁÑEZ, J. A. (1981): *Transit and Cities*, Cambridge: Harvard University Press, pp. 37-51.
- MÍGUEZ MACHO, L. (2008): "Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español", *Revista de Administración Pública*, num. 175, enero-abril, págs. 157-215.
- MILES, R. E. y SNOW, C. C. (1986): "Organization: New Concepts for the New Forms", *California Management Review*, 28:3.
- MINGUEZ PRIETO, R. (2000): "La Financiación de las Infraestructuras de los Transportes Terrestres en España", *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, 2 y 3, págs. 487-495.
- MOHR, A. (2004): *Governance through Public-Private Partnerships: Gaining Efficiency at the Cost of Public Accountability?*, International Summer Academy on Technology Studies- Urban Infrastructure in Transition, Centre for the Study of Democracy, University of Westminster, London, pp. 235-258.
- MONTERO ELENA, C. M. (1996): *Empresa Pública y Privatización, en la Intervención Administrativa en la Economía*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, Págs. 57-118.
- MONTESINOS JULVE, V. (2002): "La Reforma de la Ley General Presupuestaria en el marco de la estabilidad financiera: una reflexión

desde la perspectiva de la contabilidad pública”, *Presupuesto y Gasto Público* núm. 30, págs. 53-60.

MORRISON, C.J. y SCHWARTZ, A.E. (1992): *State Infrastructure and Economic Performance*, National Bureau of Economic Research (NBER) Working Papers, nº 3981, Cambridge (Massachusetts).

MOULTON, L. Y ANHEIER, H. K. *Public-Private Partnerships in the United States: Historical Patterns and Current Trends*, en OSBORNE, S. (ed.) (2000): *Public-Private Partnerships: Theory and Practice in International Perspective*, Routledge, London, pp. 105-119.

MUELLER, M., L. (1997): *Universal Service: Competition, Interconnection and Monopoly in the Making of American Telephone Service*, MIT Press, Cambridge: MA.

MUNNELL, A. (1990): “Why Has Productivity Growth Declined? Productivity Growth and Public Investment,” *New England Economic Review*, Federal Reserve Bank of Boston, January-February, pp. 3-22.

- (1992): “Infrastructure Investment and Economic Growth,” *Journal of Economic Perspectives*, vol. 6, nº 4, pp. 189-198.

MUÑOZ MACHADO, S. (1998): *Servicio Público y Mercado*, Civitas, Madrid.

MURDOCH, J. y ABRAM, S. (1998): “Defining the Limits of Community Governance”, *Journal of Rural Studies* 14 (1), pp. 41-50.

MURRAY, V. (1998): “Interorganizational collaboration in the Non-Profit Sector”, *International Encyclopaedia of Public Policy in Administration*, vol. 2, Westview Press, pp. 1.192-6.

NATIONAL AUDIT OFFICE UK (NAO) (2001): *Managing the Relationships to Secure a Successful Partnership in PFI Projects*, Report by the Comptroller and Auditor General, HC 375 Session 2001-2002: 29, London.

- (1998): *The Private Finance Initiative: The First Four Design, Build, Finance and Operate Road Contracts*, HC 476, London.
- (2000): *Examining the Value for Money of Deals the Private Finance Initiative*, London.

NATIONAL COUNCIL OF PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS (NCPPP), (2003): *Critical Choices: the Debate Over Public-Private Partnerships and What it Means for America's Future*, White Paper by the NCPPP, Washington.

- 
- (2002): *For the Good of the People: Using Public-Private Partnerships to Meet America's Essential Needs*, White Paper by the NCPPP, Washington.
- NATIONAL PERFORMANCE REVIEW ACCOMPANYING REPORT (1993): Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office [GPO].
- NISKANEN, J., (1971): *Bureaucracy and Representative Government*, Aldine/Alterton, Chicago.
- NORTH, D., C., y THOMAS, R., P. (1973): *The Rise of the Western World: A New Economy History*, Cambridge University Press, Cambridge: MA.
- OFICINA ESTADÍSTICA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (EUROSTAT) (1995): *Manual sobre Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales SEC'95*.
- (2004): *New Decision of EUROSTAT on deficit and debt: "Treatment of public-private partnerships"*, February. <http://epp.eurostat.ec.europa.eu>.
- OGUS, A. (1994): *Regulation. Legal Form and Economic Theory*, Clarendon Press, Oxford.
- O'LOONEY, J., A. (1998): *Outsourcing State and Local Government Services*, Quorum Books, Westport.
- OLSON, O., GUTHRIE, J. y HUMPREY, C. (1998): *Growing Accustomed to Other Faces: The Global Themes and Warnings of Our Project*, en *Global Warning Debating International Developments in New Public Financial Management*, Cappelen Akademisk Forlag, Oslo, pp. 435-465, citado en CORTÉS, J. L. (2003): *Adopción Internacional del New Public Management: Un Enfoque hacia los Resultados*, Departamento de Economía Aplicada, Universidad de las Islas Baleares, Palma de Mallorca.
- OSBORNE, S. (2000): *Public-Private Partnerships: Theory and Practice in International Perspective*, Routledge, London, 2000.
- (1997): 'Managing the Coordination of Social Services in the Mixed Economy of welfare: Competition, Coordination or Common Sense?', *British Journal of Management*, 8, pp. 317-328.
- OSBORNE, D. y GAEBLER, T. (1993): *Reinventing Government*, Plume, New York.

- OSBORNE, S. Y KAPOSVARI, A. (1997): "Towards a Civil Society? Exploring Its Meaning in the Context of Post-comunist Hungary", *Journal of European Social Policy* 7 (3), pp. 209-222.
- OSBORNE, S. P., y MURRAY, V. *Understanding the Process of public-Private Partnerships*, en OSBORNE, S. P., (ed.) (2000): *Public-Private Partnerships: Theory and Practice in International Perspective*, Routledge, London. pp. 70-83.
- OSBORNE, S. P. y ROSS, K. (1998): *Local Development Agencies and Public-Private Partnerships in Local Communities: The Policy Practice Interface*, Conference of Third Sector Organisations, London School of Economics.
- OSBORNE, S. y TRICKER, M. (1994): "Local Development Agencies: Supporting Voluntary Action", *Nonprofit Management and Leadership* 5 (1), pp. 37-52.
- OSTROM, V. (1977): *Public Goods and Public Choices*, en SAVAS, E. S., *Alternatives for Delivering Public Services*, Wetview, pp. 7-14.
- OTTAVIANO, G. (2008): *Infrastructure and Economic Geography: And Overview of Theory and Evidence*, European Investment Bank Papers, vol. 13 nº. 2, pp. 8-35.
- OUCHI, W. (1980): "Markets, Bureaucracies and Clans", *Administrative Science Quarterly*, 25 (1), pp. 129-141.
- PAREJO ALFONSO, L. (1983): "Dominio Público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general", *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, vol. III, enero-diciembre, pág. 2388.
- PARKER, D. y SAAL, D. *Introduction* en PARKER, D. y SAAL, D. (ed.) (2003): *International Handbook on Privatisation*, Edward Elgar, Cheltenham, pp. 1-21.
- PARTNERSHIPS UK (2006): *Report on Operational PFI Projects*, Partnerships UK.
- PARTNERSHIPS VICTORIA (2001): *Risk Allocation and Contratual Issues*, Partnerships Victoria Guidance Material, Department of Treasury and Finance, Melbourne.
- PATON, R. (1996): "How are values handled in voluntary agencies?" *Voluntary Agencies*, Macmillan, London.
- PELTZMAN, S. (1976): "Towards a More General Theory of Regulation", *Journal of Law and Economics*, 19, pp. 211-240.

- PÉREZ ROYO, J. (1984): "La Doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado Social", Texto de la Conferencia pronunciada en la Universidad Menéndez y Pelayo en el verano de 1983, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 4, núm, 10, enero-abril.
- PERRUCCI, R., y PILISKU, M. (1970): "Leaders and Ruling Elites: The Interorganizational Bases of Community Power", *American Sociological Review* 35, pp. 1040-56.
- PETITBÓ, A. (1997): "Competencia, Reforma de la Regulación, Privatización y Competitividad", *Economiaz*, nº 37.
- PHILLIPS, C. (1984): "The Regulation of Public Utilities: Theory and Practice", *Public Utilities Reports*, Arlington.
- PIERRE, J. (ed.) (1995): *Bureaucracy and Modern State: An Introduction to Comparative Public Administration*, Edward Elgar Publishing.
- (1998): *Conclusions*, en PIERRE, J. (ed.), *Partnerships in Urban Governance: European and American Experiences*, Palgrave Macmillan, Basingstoke y New York.
- PIERRE, J. y PETERS, G. (2000): *Governance, Politics and the State*", Political Analysis Series, McMillan Press, New York.
- POLLITT, C. y BOUKAERT G. (2000): *Public Management Reform: A Comparative Analysis*, Oxford University Press, Oxford.
- POLLITT, M. G. (2000): *The Declining Role of the State in Infrastructure Investments in UK*, Judge Institute of Management Studies, University of Cambridge, Cambridge.
- *Learning from the UK Private Finance Initiative Experience*, en HODGE G., y GREVE, C. (2005): *The Challenge of Public-Private Partnerships: Learning from International Experience*, Edward Elgar, Cheltenham.
  - (1999): *A Survey of the Liberalisation of Public Enterprises in the UK since 1979*, Cambridge Working Paper in Economics 9901, Faculty of Economics, University of Cambridge, Cambridge.
- POLLITT, C. (1990): *Managerialism in the Public Sector: the Anglo-American experience*, Blackwell, Oxford.
- POOLE, R. W. (1985): *Unnatural Monopolies: The Case for Deregulating Public Utilities*, MA: DC Heath, Lexington.
- POOLE, R. W., Jr. (1976): *Cut Local Taxes Without Redicing Essential Services*, Reason Press, Sta. Barbara.



- POSNER, P. N., *et. al.* (1998): "A Survey of Vouchers", *Conference Papers*, Brookings Institution, Washington, 2-3 October.
- POSNER, R. A. (1971): "Taxation by Regulation", *Bell Journal of Economics and Management Science*, 2, pp. 22-50.
- (1992): *Economic Analysis of Law*, Little Brown and Company, Boston.
- PUERTO CELA, M. (2006): "Aspectos Presupuestarios de la colaboración público-privada", *Presupuesto y Gasto Público*, nº 45, Madrid, págs. 95-105.
- PUSEY, M. (1991): *Economic Rationalism in Canberra*, Cambridge University Press.
- PUTNAM, R. (1995): "Bowling Alone", *Journal of Democracy*, 6 (1), pp. 65-78.
- QUICK, R. (2003): "Long-Term Ties: Managing PPP Contracts," *Public Infrastructure Bulletin*, Australian Centre for Public Infrastructure, University of Melbourne, Melbourne, September, pp. 12-14.
- RAINEY, H. (1983): "Public Agencies and Private Firms: Incentive Structures, Goals and Individual Roles", *Administration and Society*, pp. 207-242.
- REGAN, M. (2005): *Public-Private Partnerships: A Review of the Evidence*, Research Paper 05/05, Australian Centre of Public Infrastructure, University of Melbourne, Melbourne.
- REHFUSS, J., A. (1989): *Contracting Out in Government: A Guide to Working with Outside Contractors to Supply Public Services*, Jossey-Bass, San Francisco.
- RIDLEY, M. (1997): *The Origins of Virtue*, Penguin, London.
- RIVERO ORTEGA, R. (2005): *Introducción al Derecho Administrativo Económico*, Tercera Edición, Ratio Legis, Salamanca.
- ROBUSTÉ ANTÓN, F. (2002): "El peaje en autopistas como precio por un servicio y como garante de sostenibilidad", *Revista de Obras Públicas*, núm. 3425, págs. 127-139.
- ROMP, W. y DE HAAN, J. (2005): *Public Capital and Economic Growth: A critical Survey*, European Investment Bank Papers, vol. 10 nº 1, pp. 40-71.
- ROSS, K. y OSBORNE, S. (1999): "Making a Reality of Community Governance. Structuring Government-Voluntary Sector Relationships at the Local Level", *Public Policy and Administration*, 14 (2), pp. 49-61.

- ROSTOW, W. (1976): *Las Etapas del Crecimiento Económico*, Fondo de Cultura Económica, México.
- ROTHBARD, M. N. (1978): *For a New Liberty: The Libertarian Manifesto*, Collier Macmillan, New York.
- RUIZ OJEDA, A. (2006): *La concesión de obra pública*, Thomson Civitas, Madrid.
- (2002): "Apuntes críticos sobre el proyecto de Ley Básica: reivindicación de una cultura de gestión concesional", *Revista de Obras Públicas*, núm. 3425, octubre, págs. 173-180.
  - (1993): "El Eurotúnel: la Provisión y Financiación de Infraestructuras en Régimen de Concesión", *Revista de Administración Pública*, 132, sept.-dic., págs. 469-529.
- SALAMON, L. (1987): *Partners in Public Service: The Scope and Theory of Government- Non profit relations*, en POWELL, W., *The Nonprofit Sector: A Research Handbook*, Yale University Press.
- (1989): *Beyond Privatization: The Tools of Government Action*, Urban Institute Press, Washington.
  - (1996): *Partners in Public Service*, John Hopkins University Press.
  - (1998): "Non profit Organizations America's Invisible Sector", *Issues of Democracy*, 3 (1).
- SÁNCHEZ-ROBLES, B. (1998): "Infrastructure Investment and Growth: Some Empirical Evidence", *Contemporary Economic Policy*, vol. 16, nº1, January, pp. 98- 109.
- SANZ GANDÁSEGUI, F. *EL Concepto del Contrato de Concesión de Obra Pública*, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., et. Al. (2003): *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, Reguladora del Contrato de Concesión de Obra Pública*, Thomson Civitas, Madrid, págs. 81-106.
- SAVAS, E.S. (2000): *Privatisation and Public-Private Partnerships*, Chatham House Publishers, New York.
- (1987): *Privatization: the Key to Better Government*, Chatham House, 3.
  - (1977): *Alternatives for Delivering Public Services*, Wetview.
  - (1993): "It's Time to Privatize", *Government Union Review*, 14 (1), pp. 37-52.
- SCHEIBER, H. (1975): "Federalism and the American Economic Order, 1789-1910", *Law and Society Review*, vol. 10, pp. 58-118.

- SCHWARTZ, B. (1991): *Administrative Law*, Little Brown and Company, Boston.
- SCOTT, J. (1998): "Law, Legitimacy and EC Governace: Prospècts for Partnerships", *Journal of Common Market Studies*, 36 (2), pp. 175-192.
- SCOTTISH OFFICE, THE, (1993): *Progress in Partnership: A Consultation Paper of the Future of Urban Regeneration Policy in Scotland*, HMSO, Edinburgh.
- SCULLARD, H.H. (1963): *From the Gracchi to Nero, A History of Rome from 133 BC to AC 68*, Methuen and Company, London.
- SEADER, D. L. (2002): *United State's experience with outsourcing, privatization and public-private partnership*, NATIONAL COUNCIL OF PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS (NCPPP), Washington.
- SHICK, A. (2001): *Does Budgetin Have a Future?*, OCDE, Paris.
- SMITH, S. R., y LIPSKY, M. (1993): *Nonprofits for Hire: The Welfare Stete in the Age of Contracting*, Harvard University Press.
- SOSA WAGNER, F. (2000): "El Canal de Castilla: alba y aflicción de una obra pública", *Revista de Administración Pública*, núm. 153, septiembre-diciembre.
- SPACKMAN, M. (2002): "Public'Private Partnerships: Lessons from the British Approach", *Economic Systems*, 26, pp. 283-301.
- SPANN, R. M. (1977): *Public versus Private Provision og Governmental Services*, en *Budgets and Bureaucrats: The Sources of Government Growth*, Duke University Press, Durham.
- SPANN, R. M., y EDWARDS W., E. (1970): "The Economics of Railroading: The Beginnings of Cartelization and Regulation", *Bell Journal of Economics* 1, nº. 2, pp. 277-244.
- STEVENS, B. y SCHIEB, P-A. (2007): *Infrastructure to 2030: Main findings and policy recommendations*, Infrastructure to 2030, Volume 2 Mapping Policy for Electricit, Water and Transport, OECD.
- STEWART, J. D. (1984): *The Role of Information in Public Accountability*, en *Issues in Public Sector Accountability*, Phillip Adams Publishers Limited, Oxford.
- STIGLER, G. (1971): "The Theory of Economic Regulation", *Bell Journal of Economics and Management Science*, 2, pp. 3-21.

- 
- (1989): “Two Notes on the Coase Theorem”, *Yale Law Journal*.
- STIGLITZ, J., E. (2001): “Hacia un Nuevo Consenso de Tercera Vía”, *Diario El País*, 9 de mayo de 2001, citado en CRUZ FERRER de la, J. (2002): *Principios de Regulación Económica en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, pág. 67.
- STOKER, G. *Public-Private Partnerships in Urban Governance*, en PIERRE, J. (ed.) (1998): *Partnerships in Urban Governance: European and American Experiences*, Pierre, J., Palgrave, Basingstoke y New York.
- STONE, C.N. (1993): “Urban Regimes and the Capacity to Govern: A Political Economy Approach”, *Journal of Urban Affairs*, vol. 15, nº 1, pp. 1-28.
- STUERLE, C. E. (1998): “Common Issues for Voucher Programs”, *Conference Papers*, Brookings Institution, Washington, 2-3 October.
- TEISMAN, G. R. y KLIJN, E-H., *Public-Private partnerships in the European Union*, en OSBORNE, S. (2000): *Public-Private Partnerships: Theory and Practice in International Perspective*, Routledge, London, pp. 165-186.
- TEISMAN, G. R. (1999): *New Arrangements and management Principles for Public-Private Partnerships; A Search for Product of High Quality in a Network Society*, Paper presented at the Third International Symposium on Public Management, Birmingham, 25-26, citado en TEISMAN, G. R. y KLIJN, E-H., *Public-Private partnerships in the European Union*, en OSBORNE, S. (2000): *Public-Private Partnerships: Theory and Practice in International Perspective*, Routledge, London, pp. 165-186.
- THOMPSON, L. S. (2007): *Key Trends and Implications for Policy Change in Long-Term Rail Freight Traffic and Infrastructure*, in *Infrastructure to 2030 (Volume 2): Mapping Policy for Electricity, Water and Transport*, OECD, Paris.
- TREBILCOCK, M. (1994): *The Prospects for Reinventing Government*, Howe Institute, Toronto.
- UNITED NATIONS ECONOMIC COMMISSION FOR EUROPE (UNECE) (2000): *Guidelines on Public-Private Partnerships for Infrastructure Development*, UNECE BOT Group, UNECE Forum on Public-Private Partnerships for Infrastructure: the Next Steps, Geneva, December.
- (2005): *Governance in Public-Private Partnerships for Infrastructure Development*, Committee for Trade, Industry and Enterprise Development, TRADE/WP.5/2005/2, Geneva, November.

- (2008): *Guidebook on Promoting Good Governance in Public-Private Partnerships*, New York and Geneva, 2008.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAM (UNPD), (1997): *Public-Private Partnerships for the Urban Environment*, New York.  
<http://www.undp.org/>.

URGOITI, J. M. (1999): *Presentación*, en *Infraestructuras y Crecimiento Económico*, Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales, nº 59.

VALCARCEL FERNÁNDEZ, P. (2007): *Fórmulas alternativas de financiación de infraestructuras públicas. Experiencias de colaboración público-privada*, Jornadas sobre la Iniciativa Privada en la Financiación de Proyectos Públicos, Universidad de Burgos.

VALDÉS DÍAZ, J. L. (1995): "Las sociedades mercantiles de las Corporaciones Locales. Un modelo de fiscalización", *Auditoría Pública*, nº 3, págs. 72-79.

VÄLILÄ, T. (2005): *How Expensive are Cost Savings on the Economics of PPP's?*, European Investment Bank Papers, vol. 10 nº 1, pp. 94-120.

VÄLILÄ, T., KOZLUK, T. y MEHROTA, A. (2005): *Roads in a Downhill? Trends in UE Infrastructure Investment*, en *Innovative Financing of Infrastructure- The Role of Public-Private Partnerships: Infrastructure, Economic Growth and the Economics of PPP's*, European Investment Bank Papers, Vol. 10, Nº 1, pp. 18-40.

VAN DER POEL, P. G. (2001): *The Financial Management System of the City of Tilburg*, en *International Comparative Issues in Government Accounting*, Kluwer Academic Publishers, London.

VAN HAM, H. y KOPPENJAM, J. (2001): "Building Public-Private Partnerships", *Public Management Review*, vol. 4, nº1, 2001, pp. 593-616.

VICKERMAN, R. (2003): *The Regional Effects of Experience with the Private Finance of Transport Infrastructure: Some Evidence from the UK*, 43th Congress of European Regional Science Association, Jyväskylä, August.

VILLANCOURT ROSENAU, P. (2000): *Public-Private Policy Partnerships*, MIT Press, Cambridge.

VILLAR EZCURRA, J. L. (2002): "El Equilibrio Económico en las Concesiones", *Revista de Obras Públicas*, núm. 3425, octubre, pág. 71 y ss.

VILLAR PALASÍ, J. L. (1950): "La Actividad Industrial del Estado en el Derecho Administrativo", *Revista de Administración Pública*, nº 3, págs. 53-130.

- VILLAR ROJAS, F. J. (1993): *Privatización de Servicios Públicos*, Editorial Tecnos.
- (2000): *Tarifas, tasas, peajes y precios administrativos: estudio de su naturaleza y régimen jurídico*, Comares, Granada.
  - (2006): "La concesión administrativa de obra pública como nueva fórmula de gestión de servicios sanitarios", *Derecho y Salud*, Vol. 14, marzo.
- VISCUSI, KIP, W., VERNON, J. M. y HARRINGTON, J.E. (2000): *Economics of Regulation and Antitrust*, MIT Press, Cambridge, MA.
- WALDROP, M. (1994): *Complexity. The Emerging Science at the Edge of Order and Chaos*, Penguin, London, citado en OSBORNE, S. P., y MURRAY, V., *Understanding the Process of public-Private Partnerships*, en OSBORNE, S. P., (ed.) (2000): *Public-Private Partnerships: Theory and Practice in International Perspective*, Routledge, London, pág. 71.
- WALKER, C. y SMITH, A. J. (1995): *Privatised Infrastructure: BOT Approach*, Thomas Telford Publications, London.
- WALZER, N. y JACOBS, B. (1998): *Public-Private Partnerships for Local Economic Development*, Westport, CT: Praeger Publishers.
- WEBB, A. (1991): "Co-ordination: A problem in Public Sector Management", *Policy and Politics* 19, pp. 229-41.
- WEIBULL, J. W. (1995): *Evolutionary Game Theory*, MIT Press, London.
- WEISBROD, B. A. (1988): *The Nonprofit Economy*, Harvard University Press.
- WEITZMAN, R. (2003): "Conduct Unbecoming: Probity Codes in Tendering Processes," *Public Infrastructure Bulletin*, Australia Centre for Public Infrastructure, University of Melbourne, Melbourne, September, pp.5-22.
- WEISS, M. A. (1987): *The Rise of the Community Builders: The American Real Estate Industry and Urban Land Planning*, Columbia University Press, New York.
- WEISS, M. A. y WATTS, J. (1989): *Community Builders and Community Associations: The Role of Large-Scale Developers in Private Residential Governance*, U.S. Advisory Commission on Intergovernmental Relations, Washington, D.C.
- WESSEMAN, H., E. (1981): *Contracting for City Services*, Pittsburg Innovation Press.

- WILLIAMSON, O. E. (1971): "The Vertical Integration of Production: Market Failure Considerations", *American Economic Review* 61, pp. 112-123.
- (1996): *The Mechanisms of Governance*, Oxford University Press, Oxford.
  - (1979): "Transaction Costs Economics: The Governance of Contractual Relations", *Journal of Law and Economics*, 22, nº 2, pp. 233-261.
- WILSON, J., Q. (1980): "The Politics of Regulation", en *The Politics of Regulation*, Basic Book, New York, pp. 357-447.
- WILSON, D. y BUTLER, R., *Corporatism in the British Voluntary Sector*, en STREEK, W. Y SCHMITTER, P. (eds.) (1985): *Private Interest Government: Beyond Market and State*, Sage, London.
- WITTIG, G. (1930): *Technological Developments*, en Bureau of the Census, Census of Electrical Industries 1927: Central Electric Light and Power Stations, Washington D.C.: Government Printing Office, pp. 82-92.
- WOLF, C. (1979): "A Theory of Non-Market Failures", *Public Interest*, nº 55, p.p. 114-133.
- WORLD BANK, (1994): *"World Development Report 1994: Infrastructure for Development"*, The World Bank, Oxford University Press.
- (1997): *The State in a Changing World*, World Development Report, Oxford University Press.
  - *Word Bank Global Database*. [www.ppi.worldbank.org](http://www.ppi.worldbank.org).
- ZUPAN, M. A. (1990): "Why Nice Guys Finish Last: a Comment on Robert Axelrod's *The Evolution of Co-operation*", *Public Choice*, 65.